This book may be kept

ÉTUDE

SUR LA CONDITION PRIVÉE

DE

LA FEMME

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE

BAR LE-DUC

ÉTUDE

SUR LA CONDITION PRIVÉE

DE

LA FEMME

DANS LE DROIT ANCIEN ET MODERNE ET EN PARTICULIER
SUR LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

Suivie du :

CARACTÈRE DE LA DOT EN DROIT ROMAIN

ET DE

LA CONDITION DE L'ENFANT NATUREL ET DE LA CONCUBINE
DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

PAR PAUL GIDE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DEUXIÈME ÉDITION

AVEC UNE NOTICE BIOGRAPHIQUE, DES ADDITIONS ET DES NOTES

PAR A. ESMEIN

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1885

PRÉFACE

DE LA DEUXIÈME ÉDITION.

La première édition de l'*Étude sur la condition privée de la femme* était épuisée depuis longtemps : cependant la réputation, l'autorité du livre avaient toujours été en grandissant. Les rares exemplaires, qui rentraient momentanément dans le commerce, atteignaient des prix élevés, et souvent des hommes d'étude, de laborieux étudiants ont senti et exprimé le regret de ne pouvoir se procurer cet ouvrage. Nous avons cru répondre à un besoin réel en préparant cette nouvelle édition.

Rien n'a été changé dans cette réimpression, le texte a été scrupuleusement respecté dans son élégante perfection, toutes les notes ont été reproduites. Mais nous avons tenu compte de ce qu'ont produit la science et la législation depuis le jour où le livre a été publié. Des notes nouvelles indiquent au lecteur les principaux ouvrages qui ont paru, depuis lors, sur les divers points étudiés par M. Gide;

elles signalent les changements qui se sont produits dans les diverses législations modernes que l'auteur a examinées. Ces notes sont généralement fort brèves : parfois cependant, lorsqu'il s'agissait d'études neuves et importantes, de réformes législatives considérables, nous avons ajouté à la fin des chapitres quelques nouveaux développements[1].

A la suite de l'*Étude sur la condition privée de la femme* nous avons imprimé deux monographies de M. Gide, qui se rattachent au même ordre d'idées : l'étude « sur le caractère de la dot en droit romain, » et celle « sur la condition de l'enfant naturel et de « la concubine en droit romain. »

Enfin, nous avons mis en tête de cette édition une notice dans laquelle nous essayons de dire quelles furent la vie et l'œuvre de notre maître regretté.

A. Esmein.

[1] Les notes et additions qui proviennent de M. Esmein sont précédées d'un astérisque (*).

PAUL GIDE.

1832-1880.

Paul Gide est mort à Paris le 28 octobre 1880, dans toute la force de l'âge, dans la pleine fleur de son talent, à l'heure où son enseignement et ses écrits lui avaient acquis dans nos écoles, dans le monde savant, à l'étranger comme en France, une légitime et incontestable autorité. Ceux qui l'ont eu pour maître, pour collègue ou pour ami ne sauraient oublier cette figure originale et distinguée : je n'ai point la prétention de la faire revivre ici ; mais si ma main n'est point trop inhabile, je voudrais en noter les traits les plus saillants ; je voudrais dire en peu de mots quelle fut cette vie d'homme, si utile et si courte.

I.

Paul Gide était né à Uzès (Gard), le 15 mai 1832. C'est là, dans le cercle étroit d'une petite ville de province, que s'écoula son enfance et sa première jeunesse. Son père, président au tribunal d'Uzès, était un protestant rigide, un huguenot des anciens jours comme en connaît encore le Midi de la France. Pour cet homme, profondément reli-

gieux, ce fut un devoir étroit de diriger lui-même l'éducation de son fils : Il voulut le voir grandir et étudier près de lui. Paul Gide eut une enfance sérieuse et presque solitaire, car son père lui permettait difficilement les amitiés et les liaisons extérieures; et cette éducation laissa sur lui une empreinte profonde. Elle lui donna cette élévation morale et cette puissance de réflexion, qu'on remarquait en lui. Elle explique aussi sa réserve un peu froide en apparence, son allure timide et un peu embarrassée, et jusqu'à cette attitude légèrement inclinée qui lui était familière : on eût dit qu'il courbait encore le front, par souvenir et par habitude, sous l'autorité respectée qui avait gouverné sa jeunesse.

Il fit ses études classiques à Uzès même, dans un très-petit collège. Mais c'était à la maison paternelle qu'il trouvait son véritable maître. Son père se transformait pour lui en un répétiteur éclairé et infatigable, dont le zèle ne se ralentit jamais; et ce n'est pas un médiocre honneur pour le magistrat d'Uzès que d'avoir contribué à former un tel élève.

Lorsqu'il en eut fini avec l'enseignement secondaire, M. Gide étudia le droit. Il se fit inscrire à la Faculté d'Aix, mais son père ne le laissa point s'établir dans cette ville; il le garda près de lui et dirigea ses études juridiques comme il avait surveillé ses études classiques. M. Gide n'eut donc pas le secours puissant de l'enseignement oral : ses livres et son père furent ses seuls maîtres. Ce ne sont pas là des voies qu'il faudrait indiquer à la jeunesse; mais il dut peut-être à cette méthode exceptionnelle quelques-unes de ses qualités. Dans ses études solitaires, sa pensée, concentrée sur elle-même, acquit plus de ressort; l'habitude du travail personnel développa l'indépendance de son esprit. Dans les loisirs, que laissait au jeune homme la vie calme de la petite ville, il commença sans doute à amasser le trésor de sa vaste et sûre érudition. C'est d'Uzès qu'il viendra à Paris prendre part au concours d'agrégation; et nous apprenons d'un témoin irrécusable « qu'il arrivait

fort d'un savoir puisé aux sources, qu'il avait développé et affermi par le commerce des bons auteurs ; familier déjà avec l'érudition allemande, dont il sut faire plus tard un usage si profitable pour l'avancement de la science[1]. »

Si M. Gide ne suivit point les cours de la Faculté d'Aix, il se maintint en contact avec elle autant qu'il lui était possible. Il ne se contentait point de s'inscrire sur ses registres et de subir devant elle ses examens : il prenait part aux concours ouverts entre les étudiants, et les succès qu'il obtenait lui prouvaient que, s'il suivait un autre chemin que ses condisciples, il ne se laissait point distancer par eux. En 1853, il remporta le premier prix de droit romain au concours de licence ; il obtint, au concours de doctorat, la première médaille d'or « pour un mémoire sur les moyens de faire connaître aux tiers le transfert de la propriété des immeubles, étude d'histoire du droit et de droit pratique où était déjà traitée, d'une manière magistrale, la théorie de l'insinuation particulièrement en droit romain[2]. » C'est en 1855 qu'il acquit le titre de docteur avec une thèse sur « les droits de légitime et de réserve d'après les lois romaines, l'ancien droit français et le Code Napoléon[3]. » Dans la suite, M. Gide goûtait peu cette première œuvre de sa jeunesse, le *chef-d'œuvre* du compagnon qui demande à passer maître : j'ai sous les yeux un exemplaire qui lui a appartenu et où de larges coups de crayon soulignent les reproches que l'homme mûr adressait au jeune homme. Il est certain qu'il avait été séduit, comme il arrive souvent au début, par le côté dogmatique et abstrait de la science du droit ; il avait cherché à enchaîner les règles juridiques, comme les diverses propositions d'une démonstration mathématique. Cela est surtout saisissable dans la thèse de droit romain. Mais la pensée est déjà forte, et l'on trouve çà et là certains procédés d'exposition dont le professeur tirera plus tard de

[1] M. Bufnoir, *Notice nécrologique sur Paul Gide. Revue internationale de l'enseignement*, tome I, 1881, p. 176.

[2] M. Bufnoir, *op. cit.*, p. 176.

[3] Aix. Typographie Nicot.

puissants effets. La partie consacrée à l'ancien droit français est imparfaite sur certains points; mais l'auteur avait été obligé de tirer presque tout de son propre fonds; et il s'était livré à une étude attentive des textes, à un dépouillement minutieux à l'excès des sources coutumières, qui promettaient un habile ouvrier pour les labeurs de l'histoire du droit.

Le jeune homme avait pénétré trop avant déjà dans les études théoriques, pour ne point chercher à en faire sa profession. Une occasion favorable se présentait. Le concours d'agrégation des Facultés de droit allait remplacer les concours pour les suppléances individuelles, et appelait à Paris les concurrents de tous les points de la France. M. Gide résolut de s'y présenter; et ce fut bien là un acte de sa propre volonté, car il ne paraît avoir trouvé aucun encouragement, ni dans sa famille, ni près de ses maîtres de la Faculté d'Aix[1]. Sa timidité apparente cachait une volonté forte et un esprit ferme. Il vint, sans aucune préparation spéciale, ne s'étant pas encore exercé à parler en public; et tout inexpérimenté qu'il était, il attira sur lui l'attention des juges[2], et gagna l'estime de ses rivaux. L'un de ses concurrents, qui fut nommé le premier à ce premier concours et qui est aujourd'hui l'un de nos maîtres les plus éminents, en a rendu un éclatant témoignage : « Dès cette première apparition, dit M. Bufnoir, il fit une impression très-vive sur ses concurrents d'alors; j'en ai pour mon compte gardé la mémoire très-présente. Mes souvenirs à cet égard sont

[1] Voici ce qu'écrivait M. Jules Abauzit, juge au tribunal d'Uzès, dans un article sur M. Gide que publia le journal d'Uzès le 31 octobre 1880. « A cette époque, et c'est pour moi à la fois un souvenir amer et doux, les conseils de mon amitié dévouée contribuèrent à décider son père, qui était loin de s'exagérer les mérites déjà si évidents de son fils, à lui laisser suivre cette carrière. » M. Gide eut toujours la plus vive reconnaissance pour le vieil ami de la famille, qui avait su deviner en lui l'homme qu'il devait être un jour et dont l'appui moral lui avait été s utile à ce moment décisif.

[2] Le concours s'ouvrit le 3 novembre 1856 pour 9 places. Les membres du jury étaient MM. Laferrière, président; Pellat, Delpech, Aubry, Taulier, Plougoulm, Pascalis, Valette, Oudot, Blanche, Bonneville de Marsangy. M. Gide fut déclaré admissible aux épreuves définitives.

confirmés par les notes que j'ai conservées; en les relisant je suis peut-être plus frappé que je ne le fus alors de ce qu'il y avait de personnel dans ses leçons, où se faisait déjà sentir l'originalité d'un esprit qui s'est frayé sa voie propre hors des sentiers battus. S'il ne réussit pas dès cette première épreuve à conquérir le titre qui devait lui ouvrir la carrière du haut enseignement, c'est qu'il lui manquait certaines qualités tout extérieures qu'il n'avait pas songé à se donner[1]. »

M. Gide revint à Uzès. Il allait de nouveau, dans le milieu où il s'était formé, demander au travail personnel l'apprentissage dont son honorable échec lui avait démontré l'impérieuse nécessité. Il plaida au barreau d'Uzès quelques mauvaises causes, qu'il obtint à grand peine; ce n'était pas là qu'il pouvait assouplir et assurer sa parole. Ce fut encore la famille qui fut le témoin de ses études nouvelles. Trois fois par semaine, pendant un an, son père lui donnait un sujet de leçon, qu'il préparait en quatre heures, comme cela devait avoir lieu pour la première épreuve orale du concours : puis le soir, devant la famille réunie (c'est de son frère alors enfant que je tiens ce détail), il débitait sa leçon et écoutait les observations que lui faisait son père. Cette admirable patience devait recevoir son prix : lorsqu'un second concours, s'ouvrit en 1858[2], il put entrer en lice armé de toutes pièces. Les juges, aux yeux desquels rien ne masquait plus son talent distingué et puissant, lui donnèrent la première place à l'unanimité des voix[3].

Si j'ai raconté avec quelque détail la première partie de la vie de M. Gide, c'est qu'il s'en dégage un enseignement profond : elle montre ce que peuvent l'étude personnelle et l'effort individuel; par eux tout est possible, comme sans eux rien n'est fécond.

[1] *Op. cit.*, p. 176.

[2] Le concours était ouvert pour neuf places assignées de la manière suivante : une pour la Faculté de Paris, deux pour les Facultés de Poitiers et de Rennes, une pour les Facultés de Caen, Grenoble, Strasbourg et Toulouse.

[3] Le jury était composé de MM. Laferrière, président; Pellat, Delpech, Aubry, Foucart, Demolombe, Pascalis, Laborie, Plougoulm.

II.

Reçu le premier au concours, M. Gide était attaché à la Faculté de Paris; cependant c'était en province qu'il devait professer d'abord. Par une délégation spéciale, il fut chargé d'un cours de droit administratif à la Faculté de Grenoble. Lorsqu'il revint à Paris, au bout de deux années, il dut attendre pendant longtemps l'occasion de remonter en chaire. La plupart des cours complémentaires, qui aujourd'hui permettent aux agrégés d'accéder rapidement à l'enseignement public, n'existaient pas alors. Jusqu'en 1866 on ne put utiliser ce grand talent que dans le labeur ingrat des examens et dans les conférences particulières, alors peu suivies par les étudiants. Cette inaction forcée ne fut point stérile, d'ailleurs; M. Gide put compléter son érudition et produisit quelques-uns des travaux qui établirent sa réputation comme écrivain.

En 1866 il monta dans une chaire de droit romain, comme suppléant de M. Pellat, et garda cette situation jusqu'en 1870 : il fut alors nommé titulaire d'une autre chaire de droit romain, celle qu'avait occupée M. Demangeat, promu conseiller à la Cour de cassation. L'enseignement de M. Gide fut un événement notable dans la vie de nos écoles : jamais la méthode historique n'avait été aussi nettement appliquée à l'exposition du droit romain. Sans doute le mouvement, qui suivit dans la première partie de ce siècle la découverte des Institutes de Gaïus, avait eu son contre-coup parmi nous. Sans doute, depuis longtemps on avait repoussé la tyrannie des Institutes de Justinien; on avait peu à peu oublié la loi du 22 ventôse an XII, qui prescrit d'enseigner seulement le droit romain dans ses rapports avec le droit français. Mais, dans cette rénovation, on avait cherché surtout à retrouver dans leur pureté les règles du droit de l'époque

classique, à restituer aux textes du Digeste leur sens originaire et leur portée primitive. M. Gide poussa dans un autre sens : il s'efforça de dégager l'esprit du droit romain, de rendre la vie à cette législation morte.

Les institutions juridiques ne sont pas des produits artificiels du législateur ou de la jurisprudence : la substance en est fournie par les idées simples et fondamentales que les hommes se font sur la patrie, sur la famille, sur l'appropriation des biens; elle est fournie encore par les besoins légitimes du commerce entre les hommes. Le droit reçoit cette matière et lui donne la forme. Les lois, la coutume, la pratique réalisent les combinaisons juridiques qui traduisent ces idées et satisfont à ces besoins, et la tâche du juriste c'est d'appliquer aux faits innombrables de la vie ces règles et ces formes, de les assouplir, s'il est possible, aux changements des idées et aux exigences des besoins nouveaux. Cette œuvre, les jurisconsultes Romains l'accomplirent avec un art qui n'a pas été dépassé, mais pour les bien comprendre, il faut les remettre pour ainsi dire dans l'air qu'ils respiraient, rétablir les faits et les idées qui s'imposaient à eux[1]. M. Gide excellait à cela. Il ne faudrait point croire qu'il négligeât le côté purement juridique des institutions et qu'il transformât le cours de droit romain en une série d'études sur les antiquités et les mœurs des Romains. Nul plus que lui ne cherchait à établir les règles du droit dans leur précision technique : les monographies, si remarquées, qu'il publia, portent toujours sur une thèse du droit bien nette, et pour ainsi dire sur une question d'école. Seulement, il rapprochait toujours des règles juridiques les conceptions sociales dont elles sont la traduction : il excellait

[1] Voyez une *Note sur M. Machelard*, qu'a écrite M. Gide et qu'on a publiée après sa mort; il devait, en effet, suivre de bien près dans la tombe le collègue qu'il jugeait si bien : « Pour lui (pour M. Machelard) le droit romain n'était pas une conception théorique, un enchaînement logique de définitions et de formules; c'était une réalité vivante, c'était l'œuvre de la jurisprudence et de la pratique; pour la comprendre et l'expliquer, il fallait le bon sens du praticien. » *Nouvelle Revue historique*, 1880, t. IV, p. 767.

surtout à montrer pourquoi et comment une institution se transforme peu à peu et change lentement de nature.

Le droit romain s'était donc comme rajeuni entre les mains de M. Gide ; mais l'enseignement du maître était attrayant par bien d'autres côtés. Il était présenté sous une forme exquise et rarement on porta plus loin l'art de bien composer et de bien dire. Sans doute, on l'a souvent remarqué, la voix de M. Gide était un peu faible, et dans les vastes auditoires qu'il réunissait autour de lui, elle trahissait parfois la fatigue : mais que de qualités rachetaient ce défaut!

Il arrive assez souvent que les fils du Languedoc et de la Provence empruntent à leur soleil natal toute sa lumière, sans lui prendre ses ardeurs, et leur parole possède alors un charme singulier. C'était le cas pour M. Gide. Sa langue limpide et distinguée, avait un relief saisissant; et cette forme si châtiée c'était l'improvisation qui la donnait. Les notes, qu'il a laissées, sont si brèves et si insuffisantes qu'on a dû renoncer à reconstituer et à publier son cours. Ce qu'il méditait à loisir, ce qu'il préparait avec un soin particulier, c'était l'enchaînement des idées, la composition. Pour donner plus de force à sa pensée, pour l'aiguiser et la faire entrer dans l'esprit de ses auditeurs, nul ne sut mieux que lui combiner les oppositions et disposer les symétries. Le plan de son cours, qu'il retouchait sans cesse était par lui-même une œuvre d'art et un enseignement. M. d'Ihering, examinant quelque part ce qu'il nomme la *construction juridique* a parlé de *l'esthétique du droit*[1]. Le terme peut s'appliquer à l'exposition du professeur mieux encore qu'aux créations de la jurisprudence; et les leçons de M. Gide étaient bien faites pour démontrer les lois de cette esthétique particulière. D'ailleurs, comme tout se tient dans l'esprit humain, M. Gide avait le goût littéraire le plus fin, et le sens artistique le plus sûr.

Le succès du professeur devait être très-grand. Il ne fut

[1] *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. III, p. 70 ssq.

cependant pas immédiat, et les auditeurs des premiers jours peuvent se rappeler qu'ils n'étaient pas très nombreux. Mais d'année en année, leur nombre augmenta et bientôt on se pressa en foule à ce cours de droit romain. Bien des jeunes gens et des hommes mûrs gardent encore le souvenir vivant de ces leçons remarquables : pour quelques-uns, ce fut une révélation. Cette impression ne se trouve pas seulement au fond de notre mémoire : elle a été notée dans une œuvre d'imagination, qui a pour but de peindre l'étudiant de nos jours.

L'auteur nous conduit à la Faculté de droit de Paris, et il nous fait assister à la leçon d'un professeur qui traite de la puissance paternelle en droit romain. Il n'est pas difficile de reconnaître M. Gide dans ce maître « à la parole froide « et douce. » Sans doute, les phrases qu'on met dans sa bouche sont la traduction bien infidèle de son enseignement; mais cela importe peu; ce que l'auteur a voulu noter, c'est l'attrait que ces leçons avaient pour la jeunesse. L'un des étudiants qu'il met en scène vient au cours pour la première fois, s'attendant à y trouver une exposition aride et fastidieuse : peu à peu son attention est captivée, et voici comment se termine le morceau.

« Le professeur, le Digeste et les Institutes à la main, dé-
« gageait, évoquait pour mieux dire, de toutes ces formules
« qui semblent si vaines, les pensées les plus élevées sur la
« philosophie et la morale, sur tous les intérêts et sur tous
« les sentiments humains.

« — Mais, Flairac (c'est le nom du sceptique), tu ne par-
« les plus? »

« Flairac me répondit simplement : — « J'écoute[1]. »

M. Gide n'enseigna à Paris que le droit romain; cependant il ne l'aimait point d'un amour exclusif. Il eût désiré changer d'enseignement au bout de quelques années; il savait que le véritable jurisconsulte peut, avec quelque effort et avec le plus grand profit, parcourir successivement les

[1] *L'Étudiant d'aujourd'hui*, par René Valléry-Radot, p. 78, 79.

divers domaines de la science du droit; il regrettait parfois l'espèce de servitude qui attache le professeur à la chaire dont il est titulaire et le force à reprendre périodiquement les mêmes sentiers. Le cours qu'il eût choisi de préférence à tout autre était celui de droit commercial. Il n'y a point lieu de s'en étonner. Dans aucune branche du droit, la vie n'est plus intense, et la faculté créatrice ne s'est aussi bien conservée : nulle part les jurisconsultes ne peuvent exercer aussi largement leur art suprême, qui est de préparer pour des besoins nouveaux de nouvelles institutions, ou de transformer les anciennes sans violence et sans précipitation.

Tel était le professeur, disons quel fut l'écrivain.

III.

Pour une vie si courte, la liste de ses écrits est déjà longue, surtout si l'on remarque que la première publication date de 1866[1]. C'est une *étude sur la législation dans le nouveau royaume d'Italie*[2], où se trouvent déjà toutes les qualités du maître. Pour bien dégager le caractère de la nouvelle codification, M. Gide s'est reporté en arrière. Il montre que depuis l'antiquité le droit civil de l'Italie était resté profondément romain. Le vieux fonds à peine entamé par la loi Lombarde, avait fourni leurs éléments aux statuts des villes émancipées du Moyen âge : et dans les États de l'Italie moderne les principes romains dominaient encore. Cela était visible pour les pays dont le droit était coutumier, cela était vrai même pour ceux qui avaient reçu des codes imités des nôtres. Mais le législateur de la nouvelle Italie, tout en respectant cette tradition, devait faire place dans son œuvre à des principes venus d'ailleurs. La coutume germanique

[1] Voyez la liste complète de ses travaux dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, tome IV, 1880, p. 764-766.

[2] *Revue historique de droit français et étranger*, juillet-août 1866.

avait, en d'autres contrées, développé dans le droit civil l'idée de liberté individuelle ; de là des principes, inconnus à la loi romaine, mais justifiés, transformés de nos jours par la science économique, et qui tendent « à assurer une plus grande indépendance dans les rapports domestiques, une plus grande liberté dans les transactions sociales. » M. Gide nous montre dans quelle mesure le législateur du royaume d'Italie a modifié par l'infusion de ce sang étranger, le tempérament autoritaire de la vieille loi romaine : « dans l'ordre moral les diverses inégalités civiles, résultant de la nationalité, du sexe et de la condition domestique ou sociale sont aplanies ou abaissées. Dans l'ordre économique, le nouveau Code sait assurer à la fois l'indépendance pour les contractants et la sécurité pour les tiers. » Ce rapide travail est une remarquable étude d'histoire et de philosophie du droit.

En 1867, il publia le livre qui, par son importance et son étendue, devait rester son œuvre capitale. C'était un mémoire couronné par l'Institut. L'Académie des Sciences morales et politiques avait mis au concours « l'histoire du sénatus-consulte Velléien. » M. Gide, d'un coup d'œil avait élargi le sujet. Voyant dans le Velléien, le point culminant, pour ainsi dire, de l'incapacité civile de la femme, c'est la question même de sa capacité qu'il voulut étudier et suivre dans toutes les législations de nos pays d'Occident ; dans toutes il chercha la condition que le droit civil faisait à la femme dans le mariage et en dehors du mariage. Il comprenait ainsi dans son sujet tout ce qui concerne la condition privée de la femme et l'histoire des régimes matrimoniaux. Avec une érudition surprenante et un art infini d'exposition il a suivi sa pensée maîtresse depuis les premières origines des sociétés jusqu'au temps présent. C'est ce livre, dont l'édition originale était épuisée depuis longtemps, que nous rendons aujourd'hui aux lecteurs : je ne songe donc point à l'analyser, et j'ajouterai seulement quelques mots pour en bien montrer l'importance.

Pour mener à bien son étude, il fallait que l'auteur indiquât la consistance et l'esprit général de chacune des légis-

lations dans lesquelles il poursuivait sa recherche. De là une série de tableaux, qui présentent l'histoire de chacune d'elles, non pas dans ses détails, mais dans sa marche générale. Le livre contient donc par là même une généralisation puissante de l'histoire du droit, et c'est à cela qu'il dut en partie son grand et légitime succès; pour ma part c'est là que j'ai fait en cette matière mes premières études. Le livre était écrit d'ailleurs dans un style d'une rare élégance, et l'Institut put en le couronnant lui décerner tous les éloges : il avait toutes les qualités d'une œuvre académique, au meilleur sens du mot.

Cet ouvrage si élevé dans son inspiration, si étranger aux préoccupations de la pratique, eut pourtant cette fortune singulière d'être porté en plein tribunal et invoqué là comme une autorité. Il s'agissait d'une clause qui se révéla, il y a quelques années, qui parut se multiplier dans les contrats de mariage, et qui établissait pour la femme l'incapacité de s'obliger même avec l'autorisation de son mari. Pour défendre cette convention justement suspecte, on cherchait à montrer qu'elle ne dépassait pas ce que la loi permet de faire par d'autres combinaisons. En effet, disait-on, il est permis à la femme mariée sous le régime dotal de comprendre dans la dot tous ses biens présents et à venir, et alors toute obligation contractée par elle pendant le mariage sera non-seulement inefficace faute d'un gage saisissable par les créanciers, mais encore nulle, comme étant contractée par un incapable. M. l'avocat général Chevrier, présentant cette thèse à la Cour de Paris, invoqua l'autorité de M. Gide[1]. Celui-ci avait en effet dégagé des documents de la juris-

[1] Voyez *le Droit* des 2-3 janvier 1878, p. 6. « Lisez l'art. 1542 du Code civil : la constitution de dot peut frapper tous les biens de la femme présents ou à venir sans distinction ni réserve. Le fonds dotal est indisponible, mais cette indisponibilité, disent de savants jurisconsultes, n'est pas une qualité accidentelle et transitoire du fonds dotal, cessant avec le mariage, quant à l'effet des actes accomplis pendant sa durée : elle consiste essentiellement dans une incapacité inhérente à la personne. M. Gide a établi solidement cette théorie dans un élégant traité de la condition privée des femmes (p. 505-513) et, la jurisprudence sous les yeux, en déduit toutes les conséquences. »

prudence l'incapacité personnelle de la femme dotale : « C'est la doctrine de l'incapacité personnelle, disait-il, qui a triomphé sur toute la ligne ; aucun arrêt ne la formule, mais tous la présupposent, car de toutes les conséquences pratiques de cette doctrine que nous avons énumérées, il n'en est pas une seule que les tribunaux ne soient venus consacrer[1]. » Sans doute, M. Gide aurait répudié l'usage qu'on faisait de sa doctrine, en transportant hors du régime dotal une incapacité qui lui paraissait une pièce essentielle du système de la dotalité : mais ce fait n'en montre pas moins quelle est la portée des hautes études désintéressées, en jurisprudence comme partout ailleurs. La théorie dominera toujours la pratique ; elle seule peut dégager la loi et la raison intime des combinaisons qu'invente le praticien ; elle seule peut ramener à l'unité de principe les décisions isolées et éparses que la logique inconsciente des choses impose aux tribunaux, dans la variété infinie des espèces. Voilà comment, au grand honneur de la science, le livre que le théoricien a composé dans le silence du cabinet, se trouve porté soudain au milieu des débats judiciaires. Quelle pensée avait dicté à M. Gide cette conclusion dont le Palais s'emparait? Elle sortait pour lui de la force des traditions et de la logique des idées. Il concluait à la persistance secrète du sénatus-consulte Velléien dans notre législation. « Qu'est-ce, en effet, disait-il, que cette incapacité de la femme sous le régime dotal, si ce n'est l'ancienne incapacité romaine, la défense d'intercéder pour le mari jointe à la présomption que tout engagement n'est qu'une intercession en sa faveur?... En dépit des rédacteurs du Code, l'incapacité Velléienne s'est glissée dans notre jurisprudence, furtivement sous le manteau de l'inaliénabilité dotale ; et, après cette dernière expérience législative, nous pouvons, je crois, conclure avec certitude qu'il n'y a pas d'inaliénabilité dotale possible sans le sénatus-consulte Velléien[2]. »

[1] Page 510 de la première édition.

[2] P. 513-514.

C'est en 1870 que M. Gide commença à publier la série de ses monographies sur le droit romain dont le retentissement devait être si grand, l'influence si profonde et si prolongée. Presque toutes ont paru, au moins en partie, dans la *Revue de législation française et étrangère* dont il était l'un des directeurs, ou dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger,* qui n'a fait que continuer la première publication sous un nom différent, mais sous la même direction, et où le vide qu'a laissé sa mort n'a point été comblé. Ce sont les œuvres les plus parfaites qui soient sorties de sa plume. Souvent le point de départ de ces compositions lui a été fourni par la littérature allemande, qu'il connaissait à merveille : il a ainsi donné droit de cité parmi nous à plusieurs théories importantes, d'abord produites en Allemagne, et qui ont renouvelé la science sur certains points. Mais alors même l'œuvre n'en est pas moins profondément originale, et nous n'avons point affaire à une simple vulgarisation. La thèse qu'il adopte se transforme entre ses mains : la lumière qu'il en dégage, au lieu d'être concentrée sur le point spécial qu'elle éclaira tout d'abord, rayonne largement et s'étend de proche en proche sur de vastes espaces. C'est ainsi que plus d'une fois l'un des maîtres de la scène contemporaine a transformé en un véritable chef-d'œuvre l'idée dramatique que lui apportait, sous une forme imparfaite encore, le premier inventeur.

Les plus importants de ces travaux rayonnent autour d'une question qui, pendant longtemps, a occupé l'esprit de M. Gide : la transformation et le transfert des créances en droit romain. La première des études, qui appartiennent à ce groupe, fut celle « sur le caractère de la novation en droit romain, » qui parut en 1870[1]; elle fut bientôt suivie d'une autre sur « les conditions de la novation, d'après les Institutes de Gaïus[2]. » Le retentissement en fut grand dans le petit monde des Romanistes. L'auteur, en effet, renversait des

[1] *Revue de législation française et étrangère,* t. I, p. 113.

[2] *Ibid.,* I, p. 671.

doctrines qu'on enseignait depuis longtemps avec une confiance tranquille; il répandait une lumière nouvelle sur des institutions qu'on croyait connues à fond. En 1873, M. Gide donnait ses « observations sur le contrat *litteris*[1]; » et les données, fournies par les Institutes de Gaïus, qui paraissaient à beaucoup une sorte de casse-tête chinois puéril et compliqué, reprenaient pour nous leur intérêt et leur vie. L'année suivante, il écrivait l'étude sur « le transport des créances en droit romain[2], » enfin, en 1878, celle « sur la délégation en droit romain[3]. » Tous ces travaux étaient, en réalité, des chapitres détachés d'une œuvre d'ensemble, que l'auteur composait à loisir, sans doute pour la conduire à la perfection. Il la publia en 1879, sous le titre : « Études sur la novation et le transport des créances en droit romain. » Rarement le génie du droit romain a été aussi bien compris et les progrès d'une législation aussi bien exposés. J'ai ailleurs parlé longuement de ce livre[4], que la critique loua pleinement en Allemagne comme en France.

Deux monographies, qui firent une impression non moins vive sur le public, nous transportent dans un autre ordre d'idées. L'une traite « du caractère de la dot en droit romain[5]. » C'est l'histoire de la dot qu'expose là M. Gide, histoire nouvelle dont M. Bechmann venait de retrouver les origines. Dans un tableau plein de vie, il déroule la longue évolution qui transforma la dot, depuis les premiers temps où elle était irrévocablement acquise au mari, jusqu'aux lois de Justinien, qui en rendent presque à la femme la propriété même au cours du mariage : il montre la cause de ces changements dans les transformations parallèles que subissent la famille et la société. La démonstration était si lumineuse, que la doctrine nouvelle fut partout enseignée aussitôt qu'elle fut connue.

[1] *Revue de législation française et étrangère*, tome III, p. 121.

[2] *Ibid.*, tome IV, p. 33.

[3] *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, tome II, p. 509.

[4] *Ibid.*, tome IV, p. 143.

[5] *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, tome II, p. 121.

En 1880, M. Gide lut à l'Académie des Sciences morales et politiques un mémoire sur « la condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain. » Reprenant une thèse, déjà enseignée par les anciens docteurs mais quelque peu oubliée de nos jours, il cherchait à montrer que dans la Rome païenne, dans le droit de l'époque classique, le concubinat était un simple fait, et non pas une union à laquelle le législateur aurait reconnu certains effets, tout en lui assignant un rang inférieur au mariage. Jusqu'aux lois de Constantin et de ses successeurs, l'enfant né du concubinat, comme l'enfant *vulgo conceptus,* reste, au point de vue du droit, un étranger pour son père : pour la mère, au contraire, c'est un fils au même titre que l'enfant issu des *justæ nuptiæ;* et M. Gide résumait son idée dans ces deux principes : « Il n'y a pas en droit romain de paternité naturelle... il n'y a pas en droit romain de maternité légitime, » jetant ainsi un trait de lumière sur tout un côté de la famille antique.

Les idées neuves, qu'avait successivement exposées M. Gide, n'avaient point trouvé partout une approbation complète et une adhésion générale ; mais ce dernier travail, où il avait peut-être exagéré une idée juste pour lui donner plus de relief, souleva une contradiction formelle. M. Giraud prit la plume pour le réfuter, et la première partie de sa réponse avait déjà paru au *Journal des savants,* lorsque M. Gide mourut, frappé du coup qui nous atterra tous : la discussion était terminée et la réponse de M. Giraud se changea en un discours d'adieu, sur cette tombe prématurément ouverte.

Ces travaux sur le droit romain ne sont pas les seuls que M. Gide ait consacrés à l'antiquité classique ; il a écrit aussi d'intéressants articles de droit grec pour le grand *Dictionnaire des antiquités* de MM. Saglio et Daremberg.

L'étude comparée des législations modernes ne lui doit pas moins que l'histoire du droit. Il fut un des fondateurs de la *Société de législation comparée,* et sans aucun doute l'un de ses meilleurs ouvriers. Les *Annuaires* de la Société portent, année par année, la trace de sa précieuse et active col-

laboration. Il a traduit des lois importantes, surtout des lois allemandes et prussiennes; et quelques-unes de ces traductions, précédées de notices et accompagnées de notes nombreuses, sont en réalité des travaux d'une grande portée[1]. Pendant trois années, il rédigea la notice générale sur la session des Chambres prussiennes[2], et cet exposé, assez aride d'ordinaire, prenait sous sa plume un intérêt particulier : c'est ainsi qu'il eut l'occasion d'étudier le mouvement qui, peu à peu, dans les diverses parties de la monarchie prussienne, a transformé en propriété libre les tenures féodales et les biens compris dans les fidéicommis de famille. Il collaborait aussi activement au Bulletin de la Société, et celle-ci, lui décernant un honneur bien mérité, l'avait choisi pour son président, lorsque la mort est venue le frapper[3]. Enfin il a, en collaboration avec MM. Ch. Lyon-Caen, Dietz et Flach, traduit et annoté pour le comité de législation étrangère le Code de commerce allemand et la loi allemande sur le change[4].

Lorsque se fonda, en 1878, la *Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur,* il était naturellement désigné pour être un de ses membres les plus influents; il fut nommé président de la section du droit.

Les sociétés savantes le recherchaient; on voyait venir l'heure prochaine où la plus haute de toutes, l'Institut de France, l'appellerait dans son sein. Si l'Académie des Sciences morales et politiques ne lui ouvrit point ses portes, lorsqu'il y frappa par deux fois, lui préférant d'ailleurs d'éminents jurisconsultes dont la carrière était longue déjà, on pressentait qu'à la première occasion elle l'admettrait parmi ses

[1] Voyez en particulier la loi allemande sur les droits d'auteur (*Annuaires*, t. I, p. 205) et les lois prussiennes sur le régime hypothécaire (II, p. 208).

[2] *Annuaires* de 1875, 1876, 1877; il avait fait précédemment une notice semblable sur les IIe et IIIe sessions du Parlement allemand, t. II, p. 144.

[3] L'intérêt avec lequel il suivait le mouvement juridique à l'étranger se manifeste encore par les notices qu'il a consacrées aux congrès des jurisconsultes en Allemagne et en Italie. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger,* t. III, p. 432; t. IV, p. 351.

[4] Imprimé par ordre du Gouvernement à l'imprimerie Nationale, 1881.

membres. Sur sa tombe entr'ouverte M. Giraud a parlé, en termes touchants, de cet honneur destiné et de ces espérances évanouies[1].

Un profond penseur écrivait récemment : « L'essentiel dans l'éducation, ce n'est pas la doctrine enseignée, c'est l'éveil[2]. » Chez M. Gide, la doctrine était celle d'un vrai jurisconsulte, d'un esprit libéral et épris de justice; en même temps il avait su éveiller un mouvement d'esprits, comme rarement on en voit dans nos écoles. Ses leçons et ses écrits étaient un ferment puissant et salutaire. Ce principe de vie n'a point été éteint par sa mort. Ses écrits sont là, et nous espérons que longtemps encore la jeunesse viendra y puiser des inspirations. La voix du maître s'est tue, mais il a laissé après lui des élèves qui, s'ils n'ont pas son talent, ont recueilli du moins son esprit et conservent sa méthode : c'est en leur nom, et comme un de leurs aînés, que je viens déposer sur sa tombe ces quelques pages, ce pieux souvenir.

A. Esmein.

[1] Discours de M. Giraud (*Nouvelle Revue historique*, t. IV, p. 761) : « L'Institut avait encouragé, honoré ses travaux par les suffrages les plus flatteurs et les mieux mérités, car, à lui seul, le livre *De la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne* est un des plus beaux ouvrages de notre temps. Une perspective prochaine et assurée s'ouvrait par là devant lui pour consacrer et couronner une carrière déjà glorieuse. Tout cela s'est évanoui en quelques heures, et c'est celui dont la succession lui était dévolue, selon les lois de la nature, qui vient gémir en ce moment sur ce renversement de l'ordre des choses, en face d'un cercueil où s'anéantissent tant de légitimes espérances. »

[2] M. Renan, *Souvenirs d'enfance et de jeunesse*, p. 184.

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

L'étude que je soumets au public est un simple mémoire académique. C'est l'Académie des sciences morales et politiques qui, par son programme, en a tracé elle-même le plan général et les principales divisions, et, pour en donner ici une idée, je ne puis mieux faire que de citer les paroles par lesquelles M. Ch. Giraud, dans la séance du 28 avril 1866, développait ce programme au nom de l'Académie.

« L'Académie, sur la proposition de sa section de législation, avait mis au concours l'appréciation du sénatus-« consulte Velléien, qui, dans le premier siècle de l'Em-« pire romain, avait frappé d'inefficacité les obligations « que les femmes contractaient pour autrui. L'Académie « avait demandé aux candidats de rechercher l'origine et « de tracer l'histoire de cet acte célèbre qui a été pendant « tant de siècles la loi du monde civilisé, et qui gouverne « encore plusieurs pays de l'Europe. Les concurrents « devaient déterminer le vrai caractère de cette loi, soit

« au point de vue politique, soit au point de vue pure-
« ment civil; leur tâche était encore d'examiner comment
« le Velléien était devenu nécessaire dans la société ro-
« maine, comment il se liait aux traditions et aux lois de
« la République.... Ils devaient suivre le sénatus-consulte
« dans les divers États formés en Europe, après le dé-
« membrement de l'Empire, et déterminer les modifica-
« tions dont il avait été l'objet, sous l'influence des lois
« féodales, du droit canonique et des coutumes munici-
« pales; indiquer notamment quelle avait été son appli-
« cation en France, et les variétés de jurisprudence
« auxquelles il a été soumis dans les circonscriptions di-
« verses de nos parlements. Les concurrents étaient enfin
« invités à examiner, au point de vue économique, poli-
« tique et juridique, s'il pouvait y avoir quelque avan-
« tage à rétablir le système Velléien dans notre société
« moderne, soit pour compléter nos institutions existantes,
« soit pour remplacer d'autres règles introduites dans nos
« lois, pour la protection des intérêts des femmes, ou
« pour la restriction de leur capacité civile.

« En méditant ce programme, on pouvait se convaincre
« que l'Académie n'avait point mis à l'étude le texte d'une
« simple loi civile dont l'objet est en apparence si res-
« treint et si spécial. Portant plus haut la pensée, aucun
« sujet ne nous avait paru plus digne de fixer l'attention
« des amis de la science. Et en effet, tout en paraissant
« se borner à limiter l'aptitude civile de la femme en un
« cas spécial, celui où la femme aurait pris un engage-
« ment pour autrui, le sénatus-consulte avait en réalité

« posé un principe nouveau de droit social et d'organisa-
« tion de la famille; et la solution qu'il avait donnée à ce
« problème difficile, avait été adoptée par divers peuples
« modernes, gardiens du souvenir de l'administration ro-
« maine, ou qui lui avaient emprunté ses traditions et ses
« pratiques...

« Dans un concours mémorable, et qui a produit des
« ouvrages dont la science s'est enrichie, l'Académie avait
« posé la question générale de la condition politique des
« femmes. Dans le concours actuel, elle posait la question
« spéciale de la capacité civile des femmes. Le Velléien
« ne trouvait qu'une mention fugitive dans la première
« question; l'examen de l'efficacité des engagements privés
« de la femme pour autrui était l'objet approfondi de la
« question nouvelle. »

Un programme si vaste et si lumineux à la fois ne pouvait être conçu et tracé que par un maître, et il eût fallu la main d'un maître pour le remplir dans toute son étendue. Mais l'écrivain le plus novice y pouvait trouver une direction sûre et un ferme soutien.

J'ai rencontré ailleurs encore une assistance précieuse et que je ne pourrais taire sans une sorte d'ingratitude. Comme le rappelait M. Giraud, l'Institut avait déjà mis au concours, il y a vingt-cinq ans, un sujet analogue à celui-ci, et M. Édouard Laboulaye avait remporté, à cette occasion, une de ses premières couronnes académiques. Dans bien des parties de ma route, l'auteur des *Recherches sur la condition civile et politique des femmes* m'avait

devancé, et son érudition aussi pénétrante que variée m'avait déjà frayé le chemin.

En faisant de ce mémoire un livre, j'ai cru devoir le décharger de quantité de citations et de détails purement techniques et le réduire ainsi de près d'un tiers. C'est le seul changement que je me sois permis : quelque défectueux que soit à mes propres yeux ce premier essai, j'ai cru devoir lui laisser la forme que les suffrages de l'Académie avaient pour ainsi dire consacrée, espérant que, à l'abri de ce haut patronage, il pourrait trouver auprès du public un accueil plus indulgent.

ÉTUDE

SUR LA CONDITION PRIVÉE

DE LA FEMME

INTRODUCTION

I.

Vers le milieu du premier siècle de notre ère, à une époque incertaine, qui paraît flotter entre les premières années de Claude et les dernières de Vespasien, deux consuls romains dont les noms sont restés obscurs, Marcus Silanus et Velleius Tutor, faisaient voter par le Sénat une loi que l'histoire a laissée dans l'ombre et qui, aux yeux de ses contemporains eux-mêmes, semble avoir passé presque inaperçue. Cette loi frappait les femmes d'une incapacité nouvelle dans certaines transactions civiles : c'était le sénatus-consulte Velléien.

Il semble au premier abord qu'une loi dont l'objet est si spécial et la date si loin de nous, ne peut offrir d'intérêt qu'aux rares investigateurs des antiquités juridiques et qu'il faut en abandonner l'étude aux disciples de Bartole et d'Alciat. Telle est du moins l'opinion commune; car notre sénatus-consulte n'a jamais attiré le regard de l'historien ni du publiciste; ni Tacite ni Montesquieu, auxquels rien n'échappait, ne l'ont aperçu, et il n'a trouvé jusqu'à ce jour d'interprète et de critique que dans le cercle étroit des commentateurs des Pandectes et des juristes de profession.

Et cependant cette institution, dont l'objet est si restreint, a étendu ses applications et son influence dans toutes les parties du droit privé. Cette institution, qui remonte aux premières années de notre ère, a su persister à travers les âges, s'imposer à des races nouvelles, résister au choc violent des révolutions comme à l'action dissolvante du temps, et se maintenir enfin jusqu'à nos jours, encore vivace et pleine d'avenir, chez plusieurs peuples de l'Europe. Chez la plupart, elle a longtemps été la loi régnante; chez quelques-uns, elle n'a succombé qu'après un long conflit, et ceux-là mêmes qui l'ont le plus énergiquement répudiée n'ont pu se soustraire à son influence.

C'est que le sénatus-consulte Velléien n'est pas un accident législatif dû aux caprices d'un prince ou aux exigences d'un moment. Il remonte par ses origines aux premiers âges de l'histoire, de même que, par son influence persistante, il se perpétue jusqu'à nos jours. Si sa date et sa forme particulière le rattachent à une époque et à un peuple éloignés de nous, au fond il recèle une question qui est de tous les pays et de tous les temps. Cette question qui, cent fois agitée par le publiciste, cent fois tranchée par le législateur, se pose encore aujourd'hui, pleine d'incertitude et de périls, devant le législateur et le publiciste, c'est celle de la capacité civile des femmes.

Il est sans doute bien d'autres lois qui, comme le sénatus-consulte Velléien, touchent à cette vaste question et qui, tantôt par des incapacités, tantôt par des privilèges, font à la femme une condition à part dans le droit privé. Mais j'ose affirmer qu'il n'en est aucune où la question se présente aussi nette, aussi dégagée de tout élément étranger. Parmi les nombreuses lois qui ont restreint de tant de manières la capacité des femmes, il en est très peu qui aient eu pour cause déterminante cette idée, que la femme est, de sa nature, dépourvue des facultés nécessaires au libre exercice de la vie civile; le plus souvent les considérations les plus diverses sont venues se mêler ou se substituer, dans l'esprit du législateur, à celle de la faiblesse du sexe. Pourquoi, par

exemple, la loi a-t-elle souvent refusé à la fille ou à la sœur leur part dans l'héritage domestique? N'est-ce pas surtout pour garantir la conservation des biens dans les familles? Pourquoi a-t-elle frappé l'épouse d'une incapacité qui commence avec le mariage et qui finit avec lui? N'est-ce pas surtout pour assurer l'unité d'administration dans le ménage? L'institution même qui semble se lier le plus étroitement à l'idée de l'incapacité du sexe, la tutelle des femmes, se rattache parfois à des causes bien différentes : si vous voyez cette tutelle régir les biens plutôt que la personne, si vous la voyez prendre fin ou s'atténuer avec l'émancipation ou le veuvage de la pupille, croyez que son principal but, c'est, non pas de subvenir à la faiblesse de la femme, mais d'assurer la force et la grandeur des familles, en empêchant le patrimoine héréditaire de se disperser et la discipline domestique de s'affaiblir. En un mot, dans tous ces cas, l'incapacité de la femme est un effet et non une cause, une conséquence particulière et non un principe général. C'est l'épouse, la fille, la sœur qui est incapable, non la femme; distinction capitale pour qui veut pénétrer dans la pensée du législateur.

Mais supposons maintenant la femme sans mari, sans père, sans agnats, libre de tout lien de famille qui pourrait entraver l'exercice de sa capacité normale; dans un tel état, la femme doit-elle jouir, en droit privé, de la même capacité que l'homme? C'est là précisément la question que souleva, devant le Sénat de Rome, la motion législative des consuls Silanus et Tutor. Le Sénat la résolut en édictant le sénatus-consulte Velléien.

Et c'est encore la même question qui est aujourd'hui proposée parmi nous, non pas à la sanction du législateur, mais à l'examen des hommes de science. Car elle est au fond du programme académique, et c'est à la résoudre, ou tout au moins à l'éclaircir que devra tendre cette étude tout entière.

Nous croirions en effet mal répondre aux intentions de l'Académie en nous bornant à analyser et à commenter le texte du sénatus-consulte qui défendit aux femmes de s'en-

gager pour autrui. En fait d'exégèse, tout a été dit et cent fois répété sur cette loi, depuis les glossateurs jusqu'à nous. Mais élevons-nous jusqu'à l'idée d'où cette loi découle, et nous verrons aussitôt le champ de nos recherches s'agrandir. Cette idée, c'est le défaut d'aptitude de la femme aux actes les plus graves de la vie civile; c'est, suivant une expression consacrée par les jurisconsultes de l'ancienne Rome et répétée depuis comme un refrain banal par les juristes de tous les âges, la *fragilitas sexus*. Pour apprécier cette idée législative et en faire justice, il faudra l'envisager sous toutes ses faces, dans toutes ses applications, et grouper autour du sénatus-consulte Velléien les diverses lois auxquelles elle a donné naissance.

Je voudrais donc essayer, dans cette étude, de mêler, à quelques aperçus généraux sur la capacité de la femme dans les diverses relations civiles, des recherches plus spéciales sur la capacité de la femme qui contracte et souscrit un engagement. Ce côté particulier de la question a été le moins étudié jusqu'ici, bien qu'il fût peut-être le plus digne d'étude. Le vrai caractère de l'incapacité de la femme, je crois l'avoir montré tout à l'heure, se révèle bien mieux dans ses rapports avec les tiers que dans ses relations au sein de la famille. Et cependant on a souvent jusqu'ici étudié la femme comme épouse, comme fille, comme mère, mais la femme débitrice envers les tiers a été presque toujours oubliée. Tandis que les interprètes de la loi romaine se sont bornés d'ordinaire à commenter la prohibition du Sénat sans en critiquer le principe et l'esprit général, de leur côté les publicistes qui se sont enquis avec le plus de soin de la condition civile des femmes ont presque toujours négligé dans leurs investigations le sénatus-consulte Velléien. Il appartenait à la sagacité des maîtres qui ont choisi cette vieille institution pour objet d'un concours académique, de découvrir dans un sol épuisé une veine nouvelle et féconde, et de signaler, à côté des sentiers battus, la voie inexplorée qui peut le mieux conduire au but.

II.

Traiter de la condition des femmes, c'est toucher à l'un des problèmes les plus délicats de la science sociale. Avant d'aborder un des côtés de ce problème, je veux un instant envisager la question dans son ensemble, et essayer d'en faire sentir l'importance et les difficultés.

Une superstition des anciens Germains attribuait à la femme une sorte de prescience divine et d'influence surnaturelle sur les destinées humaines. Au fond de cette naïve croyance se cache peut-être quelque vérité. N'en est-il pas un peu de l'influence de la femme, toujours active, quoique secrète et voilée, comme d'une puissance supérieure, que l'œil ne voit pas et dont on sent partout la présence? Reléguée dans l'ombre du foyer domestique, la femme semble rester étrangère à tous les grands événements de ce monde; elle ne se montre que de loin en loin sur la scène de l'histoire. Sauf des exceptions plus éclatantes que nombreuses, on ne la voit apparaître ni sur les champs de bataille, ni dans les comices populaires ou dans les conseils des monarques. Les lois se font sans elle et souvent contre elle; elles l'ont exclue de la vie publique, elles l'ont frappée d'incapacité jusque dans la sphère de la vie privée; parfois elles l'ont confinée dans la maison de son père ou de son mari comme dans une prison, pour mieux assurer son impuissance. Mais, de ce cercle étroit où les lois l'avaient renfermée, l'influence de la femme, s'échappant comme par de secrets canaux, s'est répandue dans la société tout entière. D'autant plus inévitable qu'elle s'exerce dans l'ombre, d'autant plus irrésistible qu'elle n'emploie jamais la force et la contrainte, elle intervient, « invisible et présente, » dans tous les grands événements de la vie des peuples. L'antiquité semble en avoir eu le sentiment; dans ses fables et ses légendes, où l'on découvre parfois une vérité plus profonde que dans l'exactitude matérielle de l'histoire, la première cause de l'élévation ou

de la ruine des empires, c'est presque toujours quelque fille séduite ou quelque épouse outragée. L'instinct des peuples se rencontre ici avec la sagesse des législateurs et des philosophes : eux aussi ont compris la puissance cachée de ce sexe si faible en apparence, et au fond de chaque réforme sociale, réalisée ou rêvée par un Lycurgue ou un Platon, l'on rencontre un nouveau système sur la condition des femmes.

Qu'est-il besoin d'ailleurs du témoignage des sages? C'est toute l'histoire qui nous l'atteste : nul changement ne s'est accompli dans la condition particulière de la femme sans réagir aussitôt sur la constitution de la société tout entière. Partout où l'homme a dégradé la femme, il s'est dégradé lui-même; partout où il a méconnu les droits de la femme, il a perdu lui-même ses propres droits.

Ainsi, dans tous les pays où la femme est traitée en esclave, l'homme a perdu le sentiment et jusqu'à la notion de la liberté. On le voit par ces pays d'Orient où règne la polygamie et qui sont, comme dit Montesquieu, « la vraie patrie du despotisme; » la femme y appartient à l'homme, mais l'homme à son tour appartient au despote; tyran dans son sérail, il est esclave partout ailleurs.

Là où la femme a conservé son indépendance, mais a perdu sa pudeur, où la licence des mœurs et la facilité des divorces ont déshonoré le mariage, on a vu bientôt le sentiment de dignité personnelle s'effacer chez le citoyen comme chez l'homme privé, et la corruption, cachée d'abord au sein des familles, envahir de proche en proche le corps social tout entier.

Partout au contraire où les institutions ont assuré à la femme sa liberté, sa capacité civile, sa dignité morale, on a vu fleurir, comme sur un sol propice, les vertus domestiques et les vertus civiques, les libertés de l'homme privé et les libertés du citoyen.

Telle est l'importance de la question qui se présente à nous au seuil même de notre étude. Malheureusement ses difficultés semblent égaler son importance. Sans cesse agitée, mais jamais épuisée, cent fois tranchée, mais toujours re-

naissante, il semble qu'elle ait reçu toutes les solutions imaginables, et qu'elle attende encore sa solution définitive. Il n'est pas, je crois, dans les sciences sociales un problème qui ait jeté l'esprit humain dans de plus tristes égarements. Les plus sages et les plus habiles, en face de ce problème décevant, ont erré comme le vulgaire, et ont oublié les conseils de la raison et de l'expérience pour suivre les caprices de l'imagination et de la fantaisie. Qu'on lise ces immortels dialogues qui, inspirés par le maître de tous les philosophes et écrits par le plus éloquent de ses disciples, semblent contenir le dernier mot de la sagesse antique, on y verra comment Socrate et Platon ont réglé le sort de la femme dans leur république idéale; je n'ose citer ici ces pages, tant elles outragent le bon sens et la pudeur. Est-il besoin, d'ailleurs, de remonter à l'antiquité païenne, et les utopies contemporaines d'un Saint-Simon ou d'un Fourier ne peuvent-elles pas le disputer à celles du philosophe grec, du moins en bizarrerie et en extravagance?

Mais ce qui est surtout digne de remarque, c'est que les institutions des peuples à ce sujet ne sont pas moins étranges parfois que les théories des philosophes. Sortez des limites de l'Europe civilisée pour jeter un coup d'œil sur l'état de la femme dans tous les pays et dans tous les âges, et tout ce qu'ont rêvé les théoriciens, vous le verrez pratiqué par les peuples; ces conceptions, qui semblaient ne pouvoir éclore que dans l'imagination maladive d'un rêveur solitaire, vous allez les voir réalisées dans les mœurs et consacrées dans les lois.

Esclave dans certains pays, la femme est, dans d'autres, maîtresse souveraine. Ici règne la polygamie; là, la polyandrie; ailleurs la plus grossière promiscuité. Il n'est pas besoin de remonter à l'époque fabuleuse des Amazones pour voir les femmes exercer sur les hommes une domination tyrannique; écoutez seulement les relations des voyageurs modernes, ils vous diront que, dans plusieurs parties du centre de l'Afrique et du sud de l'Asie, les femmes ont des harems d'hommes, et que ce sont elles qui dirigent tout,

dans la famille et dans l'État. Par contre, chez les Tartares Mongols, la femme est condamnée au plus dur esclavage : dès qu'elle devient enceinte, on la considère comme impure et son mari la chasse de la maison. Chez plusieurs nations de l'antiquité, la prostitution était en honneur et la femme la plus souillée était la plus vénérée. Il en est à peu près de même aujourd'hui chez certaines peuplades de l'Océanie. D'autres exigent de la femme mariée la plus stricte fidélité, tandis qu'elles encouragent chez la jeune fille la plus honteuse dissolution. La communauté des femmes rêvée par Platon et par Fourier a existé dans l'antiquité et existe encore de nos jours chez plusieurs tribus du sud de l'Asie et des îles de la mer des Indes : chez les unes, les femmes appartiennent en commun à toute la tribu ; chez les autres, elles appartiennent en commun à tous les membres de la même famille[1]. N'en ai-je pas assez dit, et peut-on concevoir, sur l'état social de la femme, théorie si insensée, qui n'ait eu sa place et son jour dans la triste histoire de l'humanité?

C'est là, je le répète, un fait remarquable : car, si l'on considère la plupart des institutions civiles qui ne sont pas une création arbitraire de la loi positive, on les trouve consacrées, du moins dans leur principe essentiel, par la coutume de tous les pays et de tous les temps. Il n'est pas de peuple qui n'ait reconnu la puissance du père sur les enfants, la protection due aux mineurs, la foi due aux contrats, ou si parfois quelque protestation a pu s'élever contre ce consentement universel, ce n'est que la voix isolée d'un utopiste dont les paradoxes sont restés sans écho. L'homme de génie peut faire des paradoxes, mais les peuples n'en font jamais. Les plus ignorants et les plus barbares semblent guidés dans leurs institutions par une sorte d'instinct providentiel, et l'on trouve souvent autant de sagesse dans les coutumes naïves des races primitives que dans les codes savamment élaborés des sociétés les plus avancées. Pourquoi

[1] Meiners, *Geschichte des weiblichen Geschlechts*, Hanovre, 1788, vol. I, p. 64, 75, 102, 106, etc.; J. Unger, *die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Vienne, 1850, p. 10 et suiv.

en est-il tout autrement des lois relatives à la femme, et ne rencontrons-nous ici, au lieu d'un sage accord entre les sociétés humaines, qu'un chaos de bizarres contradictions?

C'est que les peuples, comme les individus, ont leurs passions et leurs faiblesses. Ce n'est pas la froide raison, c'est un sentiment d'une irrésistible violence qui, attirant les deux sexes l'un vers l'autre, a trop souvent inspiré les lois qui devaient les unir. Faut-il s'étonner dès lors si ces lois, au lieu de faire régner l'ordre moral, n'ont servi parfois qu'à consacrer le vice et l'infamie? Incertaines et mobiles comme les instincts grossiers qui les avaient dictées, elles ont dû varier avec le tempérament des races, avec la nature des climats, avec le degré de culture des sociétés; au lieu d'être concordantes entre elles comme la raison même de l'humanité, elles ont été incohérentes et contradictoires comme ses passions et ses erreurs.

Mais les erreurs mêmes portent avec elles leurs enseignements; à travers bien des tâtonnements et des expériences, les lois sur la condition des femmes ont suivi d'âge en âge un progrès continu, et le publiciste qui, aujourd'hui, jette un regard d'ensemble sur ces institutions si diverses, trouve, dans leur variété même, une instruction plus complète et un intérêt plus attachant. Si nous pouvions nous-même, dans cette étude, explorer tour à tour toutes les législations qui ont tenu une place dans l'histoire, il n'en est pas une qui ne nous offrît, sur la condition des femmes, quelque système, quelque principe nouveau; il n'en est pas une qui ne découvrît à nos regards quelque côté nouveau de ce vaste problème. Nous remonterions d'abord, sur la trace des plus antiques traditions, jusque chez ces tribus patriarcales où la femme, vénérée mais asservie, n'avait d'autre maître, d'autre législateur ni d'autre juge que son père ou son époux. Ensuite, mettant en regard les deux civilisations qui se sont partagé l'ancien monde, nous opposerions au despotisme oriental qui a fait de la femme une esclave, l'esprit libéral des républiques grecques et latines qui, en instituant pour la première fois la monogamie et la dot, ont garanti pour

jamais à l'épouse sa dignité et son indépendance. Après avoir suivi, à travers les phases successives de la loi romaine, le lent développement de la civilisation païenne et son rapide déclin, nous verrions s'ouvrir, à la voix du Christ, l'ère des sociétés nouvelles. Nous chercherions alors à démêler, dans le chaos ténébreux du moyen âge, les trois éléments dont se sont formées, par des combinaisons diverses, toutes les législations de l'Europe moderne, l'esprit chrétien, l'esprit romain, l'esprit germanique. Nous montrerions ces trois principes concourant tous les trois par des voies diverses à relever la condition de la femme et à étendre ses droits, l'un en consacrant l'indissolubilité du mariage, l'autre en assurant la conservation de la dot, le troisième enfin en inspirant cet enthousiasme chevaleresque qui fit du respect pour la femme la première vertu des héros. Pour mieux distinguer ces éléments divers qui se mêlent et se combinent, nous étudierions d'abord chacun d'eux dans le pays où il a le plus particulièrement prévalu, le droit germanique dans les États du Nord, le droit romain dans la classique Italie, le droit canonique dans la catholique Espagne. Enfin, entrant en France, nous verrions toutes ces sources diverses de la civilisation moderne y confluer, s'y confondre et produire enfin dans notre Code civil, le monument le plus complet de la législation contemporaine. Arrivés alors au terme de nos recherches, nous pourrions comparer notre Code, dans ses dispositions sur la capacité de la femme, aux principaux codes de l'antiquité et de l'étranger, et, enrichis de l'expérience de tant de siècles et de tant de peuples divers, résoudre en pleine connaissance de cause le problème posé par l'Académie.

Voilà certes un vaste et beau champ d'explorations scientifiques, trop vaste assurément pour notre faiblesse et notre inexpérience. N'importe! nous allons tenter de le parcourir. Si la solution du problème est au-dessus de nos forces, la recherche en est pleine d'attrait; et quel que soit l'accueil que doivent trouver ces pages auprès de l'Académie, l'honneur d'occuper un instant l'attention des maîtres les plus illustres est à lui seul une récompense.

LIVRE PREMIER

ANTIQUITÉ

LIVRE PREMIER

ANTIQUITÉ

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES

I.

Il n'est pas de période dans l'histoire plus obscure et plus attrayante à la fois que celle des premiers âges. De tout temps, l'humanité s'est complue à interroger les ténèbres qui enveloppent son berceau. Et cette curiosité est bien légitime, car comment pourrons-nous savoir dans quelle direction marchent les sociétés humaines, si nous ignorons de quel point elles sont parties? Aussi, l'érudition contemporaine a-t-elle poussé avec ardeur ses explorations vers ces régions ténébreuses, peuplées jadis par l'imagination des poëtes; les rêves évanouis de l'âge d'or ont fait place de nos jours à de laborieux systèmes, à de savantes hypothèses, moins séduisantes à coup sûr et peut-être non moins chimériques que les poétiques fictions d'autrefois. Je n'ai pas ici la prétention de faire un choix entre ces systèmes contradictoires[1], encore moins celle de proposer à mon tour un système nouveau. Ma tâche est plus modeste : elle se bornera à grou-

[1] Parmi les ouvrages systématiques sur la condition des femmes chez les peuples primitifs, je dois citer surtout, comme le plus récent et le plus savant, Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stuttgard, 1861.

per quelques documents sur la condition de la femme dans les premiers âges, et à les laisser parler eux-mêmes.

Mais quels documents pouvons-nous avoir sur des époques antérieures à l'histoire? Ce sont d'abord les traditions conservées chez les premiers peuples. Ces traditions, il est vrai, revêtent le plus souvent la forme de récits fabuleux et de poétiques légendes. Mais ce n'est pas une raison pour leur refuser toute créance. Ces fables populaires et ces mythes mystérieux ne sont pas l'invention arbitraire d'un homme, ils sont l'œuvre inconsciente de tout un peuple, et par conséquent l'expression la plus sincère de sa pensée et de son génie. Il ne faut pas chercher sans doute la certitude précise de l'histoire, qui seule doit servir de guide dans la recherche des faits matériels; mais si l'historien seul peut nous renseigner sur la vie extérieure d'un peuple, le mythe ou la légende ne pourront-ils pas nous révéler ses idées, ses croyances, le sens intime de ses institutions?

Il est une autre source de documents plus négligés et peut-être plus sûrs. Ce sont les relations des voyageurs qui ont visité les tribus encore sauvages de l'Océanie, de l'Afrique ou du nouveau monde. L'historien peut trouver ici, dans des témoignages récents ou contemporains, une image de ce qu'étaient nos pères il y a quarante ou cinquante siècles; comme le géologue qui, sans creuser le sol, sait découvrir à sa surface des échantillons de chaque période géologique, il peut, lui aussi, sans fouiller dans les profondeurs du passé, retrouver aujourd'hui encore, sur les diverses parties du globe, des sociétés dans l'enfance et au berceau. Tous les peuples n'ont pas vieilli avec la même vitesse, tous n'ont pas marché d'un pas égal dans la voie du progrès. Les uns, une fois parvenus à la première période historique, celle de la monarchie absolue, semblent s'y être reposés et comme endormis pour toujours : les grands empires d'Orient ne diffèrent guère aujourd'hui de ce qu'ils étaient au temps de Ctésias et d'Hérodote. D'autres peuples, plus arriérés encore, se sont arrêtés à la constitution de la famille; ils n'ont pas su parvenir jusqu'à la formation de

l'État, et l'histoire n'a pas encore commencé pour eux : les Arabes du désert et les peuplades du centre de l'Afrique vivent groupés par familles et par tribus, comme au temps d'Abraham et de Jacob. Enfin, encore au delà, l'on rencontre des peuplades sauvages chez qui l'on ne trouve ni État ni famille organisés : les premiers Européens qui ont exploré ces tristes régions, y ont trouvé des hommes ignorants de tous les arts nécessaires au progrès, séparés de toute communication avec les autres peuples par l'immensité des mers ou des déserts, vivant au jour le jour, sans mémoire comme sans prévoyance, et incapables par eux-mêmes de tout développement moral ou matériel. Si nous cherchons ce que peut être une société dans son état primitif et rudimentaire, n'est-ce pas dans les relations de ces voyageurs que nous devrons en trouver le plus fidèle tableau?

En signalant ces deux sortes de documents, je ne m'abuse point sur leur valeur. Je sais qu'ils méritent parfois à peine le titre de documents, tant leur véracité est suspecte. Les traditions primitives sont pleines de ces poétiques mensonges où se complaît l'imagination des peuples enfants; et les voyageurs modernes, non moins crédules que le vieil Hérodote, sont souvent peut-être moins sincères que lui. Mais si ces deux classes de documents, chacune prise à part, ne peuvent donner qu'une preuve insuffisante, elles fournissent tout au moins une présomption très grave lorsqu'on les rapproche et les compare : si, dans cette comparaison, nous voyons les traditions antiques trouver leur confirmation dans les observations modernes, si la légende d'Hérodote ou de Ctésias vient concorder avec la relation de Bougainville ou de La Pérouse, nous devrons ajouter quelque foi à un pareil témoignage, car deux témoins partis de points si éloignés n'ont guère pu se rencontrer que sur le terrain de la vérité. Interrogeons-les tour à tour et comparons leurs réponses.

Les traditions primitives n'ont pas, à coup sûr, de meilleur interprète qu'Hérodote : sa crédulité même et son défaut de critique nous garantissent qu'il n'est que l'écho fidèle des croyances populaires, et c'est l'antiquité tout entière qui

nous parle dans son livre. Qu'y lisons-nous? Que parmi les tribus nomades de l'Afrique, chez les Ausiens, les Gindanes, les Nasamons, le mariage était inconnu ; « les hommes et les femmes s'accouplaient au hasard, comme les bêtes d'un troupeau; quand un enfant était devenu grand, la peuplade réunie l'attribuait à l'homme avec les traits de qui il avait le plus de ressemblance et qui était présumé, en conséquence, être son père[1]. » Au témoignage d'Hérodote il faut joindre ceux de Diodore et de Solin[2].

Ces mœurs sauvages des tribus d'Afrique, nous les retrouvons aux bords de l'Euxin et sur l'immense plateau de la Scythie. L'autorité d'Hérodote[3] est ici confirmée par celle de Strabon : « Chez les Scythes, dit le grand géographe, les femmes et les enfants étaient possédés en commun, comme dans la république de Platon[4]. » Xénophon, Sextus Empiricus, Apollonius de Rhodes, parlant d'autres peuplades de l'Asie, tiennent à peu près le même langage[5].

Dans l'Europe ancienne, les traces de cette barbarie primitive semblent s'être plus rapidement effacées. Au temps des écrivains classiques, nous ne les découvrons plus que dans quelques régions demeurées sauvages, au pied du Caucase, sur les bords de l'Euxin, sur les côtes de la Dalmatie, et dans des îles écartées, comme les Baléares, la Bretagne et l'Irlande[6]. Mais les nations les plus civilisées, la Grèce et l'Italie, ont conservé dans leurs traditions le souvenir d'un état de promiscuité qui aurait précédé l'institution du mariage. « A Athènes, dit Cléarque dans Athénée, c'est Cécrops qui, le premier, unit l'homme à la femme en leur imposant une fidélité mutuelle; car jusque-là les rapports entre les deux sexes étaient sans règle et sans loi, et nul enfant ne

[1] Liv. IV, ch. CLXXII, CLXXVI, CLXXX.

[2] Diodore, III, 32 (sur les Troglodytes); Solin, 30 (sur les Garamantes).

[3] Liv. IV, ch. CIV, CLXXII.

[4] Liv. VII, ch. III, n. 7.

[5] Xénophon, *Anabasis*, liv. V, ch. IV, n. 33; Apollonius de Rhodes, *Argon.*, II, v. 1023-1027; Sextus Empiricus, *Pyrrhon. Hypotyp.*, III, p. 618 (éd. Bekker).

[6] Hérodote, I, 203; Nicolas de Damas (Müller, *Hist. græc. fragm.*, t. III, p. 458); Diodore, V, 18; César, *De bello Gallico*, V, 14; Strabon, liv. IV, ch. v, n. 4.

pouvait reconnaître son père[1]. » L'historien Théopompe parle presque dans les mêmes termes des premiers habitants de l'Italie : « Chez les Tyrrhènes, dit-il, la loi voulait que toutes les femmes fussent communes; tous les enfants aussi étaient élevés en commun, car nul ne pouvait savoir de quel enfant il était père[2]. »

Voilà bien des témoignages, et il me serait facile de les multiplier encore. Les témoins sont nombreux et, ce qui est plus rare, ils sont unanimes. Je ne sais s'il faut ou non les en croire; mais tous nous déclarent, d'une commune voix, que le mariage n'existait point encore à l'origine des sociétés humaines, et que, inconnu de tous les peuples demeurés à l'état sauvage, il a été l'œuvre de la civilisation et son premier bienfait.

Des textes non moins concordants et non moins nombreux nous représentent la femme, chez ces mêmes peuples, comme indépendante de l'homme et parfois même plus puissante que lui. Nulle autorité ne pèse sur elle dans une société où les pouvoirs domestiques et les pouvoirs publics sont également inconnus; c'est à elle qu'appartiennent les enfants, puisqu'ils n'ont point de père; c'est par elle que se comptent les généalogies[3]. Peut-être est-ce à ce renversement de tous les rapports naturels entre les deux sexes que nous devons rattacher aussi la tradition des Amazones, tradition si répandue dans le monde antique que ses écrivains les plus

[1] Cléarque, *ap. Athenæ.*, XIII, 2 : « Ἐν δὲ Ἀθήναις πρῶτος Κέκροψ μίαν ἐνὶ ἔζευξεν, ἀνέδην τὸ πρότερον οὖσῶν τῶν συνόδων, καὶ κοινογαμίων ὄντων..... »

[2] *Ap. Athenæ.*, XII, 14 : « Θεόπομπος δ' ἐν τῇ μγ'. τῶν Ἱστοριῶν · καὶ νόμον εἶναι, φησὶ, παρὰ τοῖς, Τυῤῥηνοῖς, κοινὰς ὑπάρχειν τὰς γυναῖκας... Τρέφειν δὲ τοὺς Τυῤῥηνοὺς πάντα τὰ γινόμενα παιδία, οὐκ εἰδότας ὅτου πατρός ἐστιν ἑκάστου.... »

[3] Hérodote, I, 173 : « (Λύκιοι) καλεῦσι ἀπὸ τῶν μητέρων ἑωυτοὺς καὶ οὐκὶ ἀπὸ τῶν πατέρων. » Le témoignage d'Hérodote est confirmé par ceux de Nicolas de Damas (*Hist. græc. fr.*, t. III, p. 461) : « Λύκιοι τὰς γυναῖκας μᾶλλον ἢ τοὺς ἄνδρας τιμῶσι καὶ καλοῦνται μητρόθεν... » et d'Héraclide de Pont (*Hist. gr. fr.*, t, II, p. 217). L'on peut voir aussi, sur les Locriens, Polybe, XII, 5; sur les Xanthiens, Plutarque, *de mulierum virtut.*, 9; Nymphis d'Héraclée (*Hist. gr. fr.*, t. III, p. 15); sur les Éthiopiens, Solin, 30 : « Garamantici Æthiopes matrimonia privatim nesciunt... Inde est quod filios matres tantum recognoscunt, paterni nominis nulla reverentia est. »

récents et les moins crédules n'osent en méconnaître l'autorité [1]. Des documents divers nous signalent l'existence des Amazones précisément dans les mêmes pays où nous avons rencontré tout à l'heure la communauté des femmes : sur les bords du Pont-Euxin, dans la Libye, dans la Liburnie, dans la Scythie et sur le plateau de l'Asie septentrionale [2]; et ici le témoignage des auteurs grecs trouve une confirmation inattendue dans des écrivains qui, à coup sûr, ne connaissaient pas plus Diodore qu'ils n'étaient connus de lui, je veux dire les historiens chinois, dont le *Magasin asiatique* nous a communiqué les curieux récits [3].

Que conclure de tous ces témoignages? C'est que, du moins dans la croyance générale de l'antiquité, il y a eu une époque antérieure à toute civilisation, où les rapports entre les deux sexes n'étaient encore réglés ni par les lois ni par les mœurs.

Cherchons maintenant si cette croyance de toute l'antiquité se trouve confirmée ou démentie par les observations des voyageurs modernes. Interrogeons ces explorateurs qui, les premiers, ont abaissé les barrières naturelles devant lesquelles le progrès de la civilisation européenne s'était jusqu'alors arrêté. Qu'ont-ils trouvé dans ces îles de l'Océanie, où aucun homme civilisé n'avait encore porté ses pas? « Les naturels de ces îles, écrivait le capitaine Cook après un long séjour à l'archipel de Taïti, sont de mœurs douces, ils sont religieux, ils croient à l'immortalité de l'âme, ils ont leur culte et leurs prêtres, enfin ils sont doués de toutes les lumières de la conscience naturelle; mais ils semblent étrangers à toute notion du mariage et de la famille et au sentiment même de la pudeur. La licence des mœurs, ajoutait-il après un séjour de trois mois à O'Taïti, est ici portée à un

[1] Arrien, *Alex. exped.*, VII, 13 : « Μὴ γενέσθαι μὲν γὰρ παντελῶς τὸ γένος τούτων τῶν γυναικῶν οὐ πίστον δοκεῖ ἔμοιγε πρὸς τοσούτων καὶ τοιούτων ὑμνηθέν. »

[2] Eschyle, *Prom. desm.*, v. 723; Diodore, III, 71-74; IV, 16; Servius, *ad Virgil. Æneid.*, I, v. 247.

[3] Klaproth, *Magasin asiatique*, Paris, 1825, t. I, p. 250. Cpr. sur les Amazones, Petrus Petitus, *Dissert. de Amazonibus*, Amstelod., 1687 (2e éd.); l'abbé Guyon, *Histoire des Amazones anciennes et modernes*, Paris, 1740; et les monographies modernes de Bœttiger, de Nagel et de Hammer.

point que les autres nations, dont on a parlé depuis le commencement du monde, n'ont jamais atteint et qu'on ne saurait même concevoir[1]. » On serait tenté de croire que de telles mœurs ne peuvent être, même chez les sauvages, qu'une rare et honteuse exception. Mais consultez d'autres voyageurs, et vous retrouverez les mœurs de Taïti aux îles Marquises, chez les autochthones australiens, dans plusieurs tribus de la Nouvelle-Zélande[2].

En même temps, vous y verrez la femme jouir souvent d'une grande indépendance, parfois même d'une certaine autorité : aux îles Tonga, aux îles Mariannes, dans plusieurs tribus des Indes occidentales, tout comme chez ces anciens peuples dont les historiens grecs nous parlaient tout à l'heure, c'est par les femmes que s'établissent les parentés et que se comptent les généalogies ; les enfants appartiennent à leur mère et non à leur père ; les femmes participent à tous les travaux des hommes, elles conduisent les pirogues, elles font la guerre, elles siégent dans les conseils[3]. Ne retrouvons-nous pas, dans toutes ces relations, comme un écho des récits ou des légendes d'Hérodote ou de Théopompe sur les premiers âges de l'humanité?

Il est temps de clore cette série déjà trop longue de documents. Peut-être cependant me reprochera-t-on d'en avoir omis un, qui, plus imposant à lui seul que tous ceux que j'ai rassemblés, semble leur donner à tous un éclatant démenti: la Genèse nous présente le mariage comme un fait primordial, antérieur à toute société. Oui, sans doute ; mais les hommes n'oublièrent-ils pas cette institution divine lorsqu'ils se furent dispersés sur la terre et qu'ils provoquèrent par leur impiété de si terribles manifestations de la colère céleste? C'est ce qu'on pourrait induire des récits mêmes du

[1] Cook, 3e Voyage, ch. x, xix (t. IV de la trad. française); Bougainville, *Journal d'un voyage autour du monde*, t. II, ch. iii.

[2] Cook, 2e Voyage, t. I, ch. viii ; Dumont-d'Urville, *Voyage autour du monde*, t. I, p. 549 ; t. II, p. 337 (2e éd., Paris, 1849); D. de Rienzi, *Océanie*, t. II, p. 234 et 316.

[3] Dumont-d'Urville, *Voyage autour du monde*, t. II, p. 141 ; D. de Rienzi, *Océanie*, t. I, p. 395 ; Lafitau, *Mœurs des sauvages américains*, t. I, p. 555, 563.

livre saint, quand on n'en trouverait pas la preuve dans tous les textes que j'ai cités.

Ainsi, tous nos documents sont d'accord, et voici en résumé ce qu'ils nous déclarent : c'est qu'il y a eu, du moins pour une partie considérable de l'humanité, une première période, période de désordre, et pour ainsi dire, de chaos moral, où les saintes lois de la famille étaient inconnues et où la femme, libre de tout lien, se trouvait livrée en même temps à la plus complète indépendance et à la plus honteuse abjection. Plus tard, par une heureuse révolution, la première et la plus grande, à coup sûr, qu'aient jamais accomplie les sociétés humaines, la famille s'est constituée, et les hommes ont passé de l'état sauvage à l'état patriarcal. Entrons maintenant dans cette seconde période.

II.

D'après toutes les traditions de l'antiquité, la famille n'a été constituée que le jour où les peuples, renonçant à la vie nomade, ont commencé à cultiver les terres et à fonder des cités. Les villes les plus anciennes portent presque toutes des noms de femmes. C'est toujours aux mêmes héros que la légende attribue et l'invention de l'agriculture et l'institution du mariage : Cécrops à Athènes, Odin chez les Germains, Fo-hi en Orient, donnèrent chacun à leurs peuples ce double bienfait. A Rome, c'était la déesse de l'agriculture qui présidait aux cérémonies nuptiales et punissait les divorces[1].

Ce n'est pas, en effet, chez ces tribus primitives, qui n'avaient d'autres demeures que leurs chariots toujours errants[2], que pouvaient s'établir les mœurs régulières et les liens indissolubles de la famille. A chaque émigration nouvelle, les enfants laissaient loin d'eux les tombes où reposaient leurs pères; nulle génération, chez ces peuplades

[1] Athénée, XIII, 2; Virgile, IV, v. 57-59, et Servius, *hic;* Ynglinga saga, 5 (Heimskraingla, Leipsick, 1835).

[2] Ἁμαξόβιοι.

mobiles, ne laissait de trace après elle, et comme on n'avait pas d'ancêtres, on ne désirait pas de postérité. Mais le jour où l'homme, s'attachant au sol, a bâti sa maison et a tracé les limites de son champ, la famille a été fondée[1]; car ce n'est pas pour lui seul qu'il a créé un établissement plus durable que lui, c'est pour ses enfants et sa postérité. Le désir d'une postérité, tel a été, dans toute l'antiquité, le premier mobile du mariage, le premier sentiment qui ait imprimé à l'union des deux sexes un caractère moral et une forme régulière[2].

Une sanction religieuse, les premiers hommes n'en connaissaient pas d'autre, consacra à l'origine ces deux institutions primordiales, la propriété et la famille. Les premières maisons furent des temples, les premiers foyers des autels[3]; la femme, gardienne du foyer, partagea avec le mari le soin des sacrifices. L'objet de ce culte domestique, ce n'étaient point les divinités générales qui règnent sur le monde : chaque maison, chaque famille eut ses dieux à elle; elle adora ses lares, c'est-à-dire ses ancêtres qui, de la tombe voisine où ils étaient couchés, continuaient à veiller sur la maison où ils avaient vécu[4]. Dès lors, le mariage revêtait un caractère religieux et devenait un devoir sacré : car le premier devoir, comme le premier intérêt de l'homme, c'était de laisser après lui un enfant qui pût venir chaque jour sacrifier à ses mânes, et aux mânes de ses ancêtres, et adoucir par ce culte funèbre leur triste séjour dans la tombe. Malheur à l'homme qui laisse en mourant une maison déserte et des autels abandonnés! Son ombre inquiète ne trouvera jamais le repos dans la demeure des morts. Ces croyances et ce culte se retrouvent aux origines de toutes les civilisations, à Rome, en Grèce, en Germanie, dans l'Inde, dans tout

[1] « Οἶκον μὲν πρώτιστα, γυναῖκα τε, βοῦν τ' ἀροτῆρα. » Hésiode, *Opera*, v. 405.

[2] « Ducere uxorem liberorum quærendorum causa. » Aulu-Gelle, XVII, 21; Gaïus I, 29. — « Παίδων ἐπ' ἀρότῳ γνησίων. » Ménandre, *fr.* 185 (édit. Didot, p. 373). — Lois de Manou, IX, 96.

[3] *Aedes; Vesta*, ἑστία, pierre du foyer.

[4] A. Rosbach, *die Roemische Ehe*, Stuttgard, 1853, p. 33; Fustel de Coulange, *la Cité antique*, Paris, 1864, liv. II, ch. III.

l'Orient[1]. Partout, le culte domestique a précédé le culte public, comme l'institution de la famille a précédé celle de l'État; et aujourd'hui même, les peuplades qui en sont encore restées à la vie patriarcale, n'ont pas d'autre autel que leur foyer, ou leur tombe de famille, ni d'autres divinités que les âmes de leurs aïeux[2].

Tels sont les sentiments et les besoins qui ont guidé les premières sociétés dans l'organisation de la famille. Nous allons rechercher maintenant, dans la famille ainsi organisée, quelle place occupait la femme, et ici encore nous trouverons une frappante analogie entre l'état primitif des sociétés antiques et l'état actuel de ces nombreuses tribus qui, dans les Indes occidentales, au sud de l'Afrique et au nord de l'Asie, vivent encore aujourd'hui comme vivaient les premiers Hébreux, les Pélasges ou les Germains.

La condition de la femme a subi une transformation complète : en entrant dans la famille, la femme a, en même temps, abdiqué son indépendance et reconquis sa dignité morale. Nous l'avons vue tout à l'heure à la fois indépendante et avilie; maintenant, par un contraste nouveau, nous allons la voir à la fois aussi soumise qu'une esclave et aussi honorée que le chef de famille lui-même.

La dépendance de la femme n'a jamais été aussi étroite que dans l'ère patriarcale, parce que la puissance du père de famille n'a jamais été aussi absolue. Comme l'on ne connaissait encore aucune autre institution que la famille, l'autorité paternelle pouvait s'étendre indéfiniment sans risquer de se heurter jamais à une autorité rivale. Plus tard, l'État

[1] « Δεῖ τεκνοποιεῖσθαι, ἕνεκα τοῦ καταλιπεῖν ἕτερον ἀνθ' ἑαυτοῦ θεῶν θεραπευτήν. » Jamblique, *vita Pythag.*, XVIII, 86. Ce sublime précepte n'est que l'expression philosophique d'une croyance populaire répandue dans toute l'antiquité. Manou avait dit avant les Grecs : « Le fils par la naissance duquel un homme *acquitte sa dette* et obtient l'immortalité, a été engendré pour l'accomplissement du devoir; les autres sont nés de l'amour. » IX, 107, 138. Voy. aussi pour la Perse, *Zend-Avesta*, III, 230; pour la Chine, Grosier, *Description générale de la Chine*, Paris, 1787 (2e édit.), t. II, liv. III, ch. xi. Cpr. l'adage romain : « Sacra privata perpetua manento. » Cicéron, *de leg.*, II, 9.

[2] Lafitau, *Mœurs des sauvages*, Paris, 1724, t. I, p. 573, 579; Casalis, *les Bassoutos, vingt-trois années au sud de l'Afrique*, Paris, 1860 (2e édit.), p. 262-270.

est intervenu ; il a étendu sa protection sur l'enfant et sur la femme, et le pouvoir domestique s'est trouvé dès lors subordonné au pouvoir public. Mais, dans les premiers âges, lorsque les pouvoirs publics n'existaient point encore, le père de famille était seul législateur, seul juge, seul prêtre, et ses femmes, ses enfants, ses esclaves étaient tous de même condition, car ils étaient tous sans droit devant lui. C'est le peuple romain qui, dans l'Europe civilisée, a conservé le plus longtemps dans ses lois l'empreinte de cette organisation primitive de la famille. Aussi Gaïus[1] a-t-il pu croire que la *manus* et la *patria potestas* n'existaient que dans les lois romaines. Mais si ces institutions, au temps de Gaïus, n'étaient plus connues que des Romains, il fut un temps où elles étaient communes à tous les peuples. Elles ont laissé leurs traces dans l'Inde, où la femme et les enfants sont considérés comme la propriété du père de famille[2]; chez les Grecs, où le même mot[3] désigne le droit du mari sur sa femme, du père sur son enfant et du maître sur son esclave ; chez les Germains, qui ont retenu non-seulement l'institution de la *manus,* mais le mot même : *mund, mundium*[4]; enfin, on les retrouve encore de nos jours chez les tribus de l'Afrique centrale : « Chez les anciens Romains, dit le missionnaire Casalis[5], la femme était la sœur des enfants du mari. On ne saurait mieux exprimer la position d'une femme mariée au sein des tribus de l'Afrique australe. Quand le *Mossouto* dit *moi et mes enfants,* il est bien entendu que la femme compte parmi ces derniers. » L'assimilation de la femme à l'enfant et à l'esclave, tel était donc le principe général à l'époque patriarcale. Je vais en déduire les principales applications.

[1] Comm. I, § 108.

[2] Yâjnavalkya, II, 175 : « On peut faire donation de toutes ses propriétés, à l'exception de sa femme et de ses enfants. »

[3] *Kyrios;* il en est de même du mot *potestas* chez les Romains. Le pouvoir de vendre ses enfants à Athènes ne fut aboli que par Solon. Plutarque, *Solon,* 13.

[4] *Manus* et *mund* ont la même racine comme la même signification. J. Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer,* Gœttingne, 1854 (2e édit.), p, 447.

[5] *Les Bassoutos,* p. 191.

Le mari acquérait sa femme comme on acquiert une esclave, en l'achetant; le mariage consistait en une vente, le prix était payé au père de la jeune fille. Telle était la seule forme de mariage chez les patriarches de la Genèse comme chez les guerriers chantés par Homère; on en reconnaît la trace dans la *coemptio* des Romains, comme dans le *pretium nuptiale* des tribus germaines, et les lois de Manou, en l'abrogeant, nous en révèlent l'usage dans l'Inde primitive[1]. De nos jours, cet usage existe encore chez le plus arriéré de tous les peuples civilisés : en Chine, la vente des femmes forme une branche importante du commerce[2]. A plus forte raison le mariage par vente s'est-il conservé chez tous les peuples qui en sont encore restés aux mœurs patriarcales, dans les deux Amériques, depuis l'équateur jusqu'au Cap, depuis le Caucase jusqu'au fond de la Tartarie[3]. Chez la plupart de ces peuples, le prix de l'épouse n'est guère plus élevé que celui de l'esclave, et, sauf des exceptions dues à des circonstances particulières, il en était en général de même dans la plus haute antiquité[4].

En vendant sa fille, le père transférait au mari tous les droits qu'il avait sur elle[5]; le mari pouvait donc la vendre à son tour. Tel était notamment le droit des anciens Germains, si nous en croyons le plus savant investigateur des antiquités germaniques[6]. Mais il convient d'ajouter que, dès leur entrée dans la vie civilisée, on voit tous les peuples répudier cet usage barbare. Manou l'abolit dans l'Inde, Moïse en Palestine, Romulus en Italie[7], les Chi-

[1] Genèse, XII, 16; XX, 16; Iliade, XVIII, v. 593; Strabon, liv. XV, ch. I, n. 54; Aristote, *Polit.*, liv. II, ch. v, n. 11 : « Τότε οἱ Ἕλληνες τὰς γυναῖκας ἐωνοῦντο παρ' ἀλλήλων. »

[2] Grosier, *Description de la Chine*, t. II, p. 264.

[3] Klemm, *die Frauen in den verschiedenen Zonen*, etc., Dresde, 1858, t. I, p. 23, 101, 128, 148.

[4] Deutéronome, XXII, 29; Lévitique, XXVII, 3.

[5] « Uxor filiæ loco erat. » Gaïus, I, 111.

[6] « En acquérant le *mundium*, dit Jacob Grimm (*Rechtsalterth.*, p. 450), le mari acquiert le droit de tuer et de vendre sa femme, tout comme son enfant ou son esclave. »

[7] Manou, IX, 46; Yâjnavalkya, II, 175; Deutéronome, XXI, 14; Plutarque, *Romulus*, 22.

nois eux-mêmes ne l'ont conservé que dans des cas exceptionnels [1].

Ce pouvoir absolu du mari sur la femme conduisait nécessairement à la polygamie; car le principe de la monogamie suppose des devoirs réciproques, et par suite une certaine égalité entre les deux époux; celui qui achète sa femme peut en acheter plusieurs. D'ailleurs, la procréation des enfants était considérée comme un devoir sacré, et la fidélité à une épouse stérile eût été un crime envers les dieux. Aussi peut-on regarder la polygamie comme un fait général à l'origine des sociétés, et si, parmi les nations civilisées, elle ne s'est conservée qu'en Orient, on la voit régner, chez les barbares, dans les quatre parties du monde [2]. L'Europe civilisée elle-même ne l'a abandonnée qu'en lui substituant d'abord une sorte d'équivalent dans la facilité du divorce : on pouvait avoir plusieurs femmes, mais successivement, et le mari d'une femme stérile devait la répudier, au lieu de lui adjoindre, comme en Orient, une seconde épouse; chez les anciens Romains, celui qui épousait une seconde femme était censé par cela même répudier la première [3].

La femme, étant la propriété de son mari, devait, à la mort de celui-ci, faire partie de sa succession et tomber au pouvoir de ses héritiers. Le mari laissait-il des enfants, la veuve passait sous la puissance de l'aîné de ses fils; le mari était-il mort sans postérité, son père, son frère, son oncle pouvait à son choix, ou vendre la veuve à un nouveau mari, afin de trouver dans le prix de revente l'indemnité du prix d'achat qu'avait payé le défunt, ou la prendre lui-même pour femme, afin de donner ainsi à la famille une postérité. Chez les nations européennes, ce pouvoir des héritiers du

[1] Ta-tsing-leu-lee, liv. III, sect. 102 (trad. Sainte-Croix, Paris, 1812); Grosier, t. II, p. 39.

[2] En Asie (Klemm, *die Frauen*, p. 51, 131); en Afrique (*ibid.*, p. 180); en Amérique (*ibid.*, p. 29, 34); et en Europe, chez les Celtes (César, *de bello gall.*, I, 53), les Germains (Tacite, *de mor. Germ.*, 18), les Scandinaves (Adam de Brême, *Gest. Hammaburg. eccles.*, IV, 21; *ap.* Pertz, t. IX, p. 377), et les Slaves (Ewers, *das ælteste Recht der Russen*, Dorpat, 1826, p. 105).

[3] Cicéron, *de Oratore*, I, 40, 56.

mari sur la veuve s'est peu à peu adouci et transformé en une simple tutelle ; mais on le retrouve encore, dans sa rudesse primitive, en Orient et parmi les tribus patriarcales de l'Afrique et du nouveau monde. Chez tous ces peuples règne encore de nos jours le principe que proclamait Manou il y a trois mille ans : « La femme doit dépendre de son père, de son mari, de ses fils, des parents de son mari ; elle ne doit jamais se gouverner elle-même [1]. »

N'étant pas maîtresse de sa personne, la femme n'était pas non plus maîtresse de ses biens : ou plutôt, de même que l'esclave, elle ne pouvait posséder aucun bien : tout le fruit de son travail était acquis à son maître, nulle succession ne pouvait lui échoir. Ces principes n'ont point changé en Chine ni chez les tribus barbares, et chez les autres peuples, les Hindous, les Hébreux et les Européens, ils ont laissé longtemps une profonde empreinte[2], car le pouvoir du père de famille sur la personne de sa femme et de ses enfants s'est en général relâché plus vite que son pouvoir sur les biens.

Dépouillée, asservie, vendue à prix d'argent ou échangée contre les bêtes d'un troupeau, a-t-il jamais été pour la femme une condition plus dégradante? Et cependant, il n'est pas peut-être d'époque dans l'histoire où la femme, fille, épouse ou mère, ait été plus honorée. Ce ne sont pas seulement ces Germains grossiers et enthousiastes qu'a dépeints Tacite, qui croyaient voir quelque chose de divin dans cet être délicat et faible qu'ils avaient le droit de tuer ou de vendre : dans tous les monuments de l'époque patriarcale, dans la Genèse, comme dans les Védas, comme dans les poëmes d'Homère[3], on voit l'influence toute morale de la

[1] Manou, V, 148 ; Grosier, *Description de la Chine,* t. II, p. 38 ; Lafitau, *Mœurs des sauvages,* t. I, p. 557 ; Klemm, *die Frauen,* t. I, p. 23 ; Casalis, *les Bassoutos,* p. 199.

[2] « Une épouse, un fils et un esclave sont déclarés par la loi ne rien posséder par eux-mêmes ; tout ce qu'ils peuvent acquérir est la propriété de celui dont ils dépendent. » Manou, VIII, 416. Cpr. Nombres, XXVII, 1-8 ; Gans, *Erbrecht,* t. I, p. 118.

[3] Lisez surtout, dans la Bible, le chant de Lemuel qui forme le dernier chapitre du recueil des *Proverbes.* Voy. aussi *infrà,* ch. III ; liv. II, ch. III ; liv. III, ch. I. Lenz, *Geschichte der Weiber im heroischen Zeitalter,* Hanovre, 1799.

femme balancer et parfois dominer la puissance matérielle du père de famille; et, en général, à mesure que l'on remonte le cours des siècles et que l'on s'approche de l'origine des sociétés, l'on voit s'accroître en même temps la dépendance de la femme et sa dignité, son incapacité juridique et son autorité morale. Mais il ne suffit pas de constater le contraste, nous devons essayer de l'expliquer.

La femme était soumise aux volontés d'un maître absolu. Mais quel était ce maître? Un père, un fils, un époux. Si de tout temps l'on a reconnu que le père de famille est, de tous les maîtres, celui qui abuse le moins de sa puissance, cela est vrai surtout de l'époque patriarcale : jamais le pouvoir du père n'a été plus énergique, mais aussi jamais, sans doute, les affections de famille n'ont été plus puissantes pour contenir et tempérer ce pouvoir. En ce temps-là, la famille était tout pour l'homme; en dehors d'elle, il n'avait plus ni patrie ni temple, ni dieux; il ne rencontrait plus que des peuplades et des divinités ennemies[1]. Tout ce qui, dans nos mille rapports sociaux, se partage aujourd'hui les affections et les intérêts de l'homme, se concentrait alors dans la famille, et la femme trouvait dans son mari ou dans son père bien moins un maître qu'un protecteur.

La femme est souvent assimilée à l'esclave dans les lois les plus anciennes. Mais ce rapprochement nous paraîtra peut-être moins injurieux si nous cherchons le type de l'esclave d'alors, non pas dans le misérable nègre des Antilles, mais dans l'Eumée d'Homère ou dans l'Eliézer de la Genèse. L'esclave et le maître dans l'antiquité n'étaient point séparés par cet abîme que creuse aujourd'hui entre eux la différence de race; l'un et l'autre, égaux par la naissance, appartenaient le plus souvent à deux tribus voisines, et le maître ne devait son avantage qu'à la fortune des armes qui, chaque jour, pouvait tourner contre lui et le rendre lui-même esclave à son tour. Une fois entré dans la famille, l'esclave

[1] Les mots *patrie* et *maison* sont synonymes dans les vieilles lois des Scandinaves. Voy. les textes cités par Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, p. 243.

en devenait membre [1] ; il avait sa place à la table commune : il prenait part aux fêtes et aux sacrifices de la maison, et ses travaux les plus pénibles, son maître les partageait souvent avec lui. Les dieux mêmes, et la religion alors se confondait avec le droit, étendaient leur protection sur l'esclave : sa tombe était sacrée [2], et il pouvait assister ou même remplacer son maître dans les cérémonies religieuses [3]. En un mot, pour l'esclave comme pour la femme, la dureté du droit trouvait son tempérament dans la simplicité des mœurs [4].

La femme était vendue au mari. Mais, quelque barbare que cet usage nous paraisse aujourd'hui, nous n'en devons pas moins le considérer comme le premier pas vers la civilisation, comme le premier fondement de la famille. Écoutons un homme qui a passé sa vie au sein de tribus patriarcales : « On ne saurait disconvenir, dit M. Casalis [5], que le mariage par coemption, contracté en présence de témoins, garanti par l'intérêt réuni de plusieurs parties, n'ait été une institution précieuse pour des peuples barbares, que l'absence de principes moraux bien arrêtés exposait aux dangers d'une promiscuité bestiale. Du moment qu'une femme a légalement appartenu à un homme pour toute la durée de sa vie, la famille a été fondée. » En effet, le mari n'avait garde de répudier une femme qu'il avait chèrement payée. D'ailleurs la vente de l'épouse était toujours accompagnée des cérémonies que réclamait le caractère moral et religieux du contrat ; de nos jours, chez les Tartares, c'est le prêtre lui-même qui fixe le prix que le mari doit payer [6] ; dans les premiers temps, à Rome, en Grèce, dans les Indes, un sa-

[1] Aussi était-il appelé *familiaris*, οἰκέτης. Dans Homère, l'esclave n'est jamais appelé δοῦλος, mais οἰκεύς.

[2] Dig., *fr.* 2, *de relig.*, XI, 7.

[3] Caton, *de re rust.*, 83 : « Votum pro bubus..., eam rem divinam *vel servus*, vel liber licebit faciat ; » Eschyle, *Agamemn.*, v. 1036-1038.

[4] Plutarque, *Coriolan*, 24 : « Καὶ γὰρ ἐχρῶντο πολλῇ πρὸς τοὺς οἰκέτας ἐπιεικείᾳ τότε, δι' αὐτουργίαν, καὶ τὸ κοινωνεῖν διαίτης, ἡμερώτερον ἔχοντες πρὸς αὐτοὺς καὶ συνηθέστερον. » Voy. aussi Ihering, *Geist des roemischen Rechts*, t. II, p. 273.

[5] *Les Bassoutos*, p. 192.

[6] Klemm. *die Frauen*, t. I. p. 128.

crifice aux dieux protecteurs du mariage précédait toujours l'entrée de l'épouse dans sa nouvelle demeure [1].

Le mari pouvait avoir plusieurs femmes, mais une seule partageait ses honneurs et était maîtresse à son foyer : c'était sa première femme, la femme de sa jeunesse, suivant l'expression des poëmes bibliques [2]. Les autres appartenaient à cette première épouse bien plus qu'elles n'appartenaient au mari lui-même; c'est pour elle et à sa place qu'elles donnaient des enfants au mari, si bien qu'elle était parfois considérée comme la mère de ces enfants [3]. Ici encore nous invoquerons l'exemple actuel des tribus barbares : les voyageurs modernes s'accordent à dire que les Indiens d'Amérique, quoique polygames, ont un tel respect du mariage que, dans plusieurs de leurs tribus, on n'avait pas vu l'exemple d'adultère avant l'arrivée des Européens [4]. Quelque exagérés que puissent être ces rapports, nous pouvons du moins y trouver la preuve que la polygamie n'exerce point, dans la simplicité des mœurs patriarcales, la même action dissolvante qu'au sein des nations civilisées.

Telle a dû être, dans ses traits les plus généraux, la condition de la femme au début des sociétés humaines [5]. En voyant la simplicité de ces principes communs à tous les peuples, on pourrait se méprendre sur le caractère de ces institutions primitives. Si les lois anciennes nous paraissent en général très-simples, c'est uniquement parce que nous en ignorons les détails. Il en est des coutumes comme des langues, les plus barbares sont souvent les plus compliquées; les hommes en général ont commencé par la complication, pour n'arriver que fort tard à la simplicité, qui est le produit de l'abstraction. Il est donc probable que ces principes communs sur la constitution de la famille se diversifiaient à l'infini, suivant les différences de races et de cli-

[1] Rossbach, *die roemische Ehe*, p. 92.
[2] Proverbes, V, 18.
[3] Genèse, XVI, 1 et suiv. — Voy. aussi l'exemple d'Hécube chez les Troyens.
[4] Lafitau, *Mœurs des sauvages*, t. I, p. 588, 580; Klemm, *die Frauen*, t. I. p. 31-35.
[5] Voy. aussi *infrà*, liv. II, ch. III.

mats. Mais les principes généraux seuls peuvent être établis avec certitude ; dans l'éloignement où nous apparaissent les temps anté-historiques, on ne peut saisir que les grandes lignes, les détails demeurent confus.

Maintenant nous entrons dans l'histoire. Ici les documents deviennent plus précis ; avec les détails, on voit se multiplier les divergences. Chaque peuple, organisé en État, suit une voie particulière ; chaque législation prend une forme distincte et réclame un examen séparé.

---

* Ce chapitre, écrit avec une grande réserve, présente de lumineux aperçus, mais non une conception systématique. M. Gide se refusait, sur l'origine des sociétés, à une généralisation, qu'il jugeait téméraire. A cette époque, l'érudition moderne n'avait encore produit qu'un grand ouvrage d'ensemble sur la condition des femmes dans les institutions primitives : je veux parler du *Droit de la mère* de M. Bachofen, que M. Gide a cité en tête de ce chapitre [1]. C'est un livre extraordinaire, plein d'une immense érudition et d'un génie fumeux, où l'on trouve les imaginations les plus subtiles à côté des démonstrations les plus lumineuses. En réalité, M. Bachofen fut un initiateur : il découvrit des dessous, inconnus jusque-là, dans l'histoire des institutions [2]. D'autres l'ont suivi dans cette voie : M. Mac Lennan, le premier de tous, qui publia en 1865 son travail lumineux et magistral sur le « Mariage primitif [3] ; » sans connaître l'œuvre de Bachofen, il était arrivé sur bien des points à des conclusions semblables. Depuis, MM. Giraud-Teulon [4], Post [5], Herbert

[1] Page 13, note 1.

[2] M. Bachofen a, depuis la publication du *Mutterrecht*, repris sa thèse dans une série d'ouvrages dont les plus importants sont : *Die Sage von Tanaquil*, 1870. — *Antiquarische Briefe*, 1880.

[3] *Primitive marriage, an inquiry into the origin of the form of the capture in marriage ceremonies*, 1865. Reproduit dans les « Studies in ancient history, London, 1876, » du même auteur.

[4] *Les origines de la famille*, 1874. *Les origines du mariage et de la famille*, 1884.

[5] *Die Geschlechtsgenossenchaft der Urzeit und die Entstehung der Ehe. — Anfänge*

Spencer[1] ont repris le problème, pour ne parler que de ceux qui l'ont abordé directement et dans toute son étendue[2]. La critique moderne a soumis à une étude pénétrante les usages des peuples restés à l'état sauvage et tous les détails que nous a légués l'antiquité classique sur son plus lointain passé. De ces recherches, malgré des contradictions partielles, il se dégage un certain nombre d'idées et de résultats généraux que nous allons essayer de résumer en quelques mots[3].

Il semble que la plus ancienne unité sociale ait été non la famille, mais la tribu. Dans cet état premier, la parenté individuelle aurait été inconnue : l'enfant à sa naissance était uni par les mêmes relations à tous les membres de la tribu dont dépendait sa mère, les seuls degrés que comportât cette parenté communiste, étant réglés par la distinction des générations successives.

Ce primitif état social coïnciderait d'ailleurs avec une large promiscuité sexuelle, ou du moins si, de bonne heure, il s'établit quelque constance, quelque durée dans l'union de l'homme et de la femme, l'inceste aurait alors été régulièrement pratiqué, incompris comme la parenté elle-même. Le premier progrès aurait été introduit dans cette organisation rudimentaire par la pratique de l'*exogamie*. La coutume établit en bien des lieux que les hommes d'une tribu ne pouvaient s'unir qu'à des femmes d'une autre tribu ; ou, le plus souvent, la tribu se fractionna en classes distinctes, le *connubium* existant de classe à classe, et non entre les membres d'un même groupe : l'enfant était attribué au groupe d'où dépendait sa mère.

des Staats-und-Rechtsleben. — Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis.

[1] *Principes de sociologie*, traduct. Chazelles, tome II, §§ 272, ssq.

[2] Voyez aussi : Lubbock, *Origines de la civilisation*, édition française ; et Morgan : *Systems of consanguinity and affinity of the human family* (Smithsonian contributions to Knowledge, tome XVII. Washington, 1871).

[3] On commence même à reconstituer d'après ces données les institutions primitives des races isolées. Voyez : Bernhöft, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, 1882, §§ 34, ssq. — Dr Lothar Dargun : *Mutterrecht und Raubehe und ihre Reste im germanischen Rechte und Leben*, 1883.

Lorsque s'établit la notion de parenté individuelle, faisant naître la famille ou tout au moins le clan au sein de la tribu, elle eut pour fondement la filiation maternelle; la paternité resta un fait indifférent. La nature même des choses conduisit à ce résultat : la maternité est un fait précis et indéniable; la paternité, au contraire, est un fait mystérieux, non susceptible d'une preuve adéquate, et il fallait bien du temps pour qu'on acceptât les preuves factices et indirectes qui seules lui sont applicables. Au début, c'est la femme et non l'homme qui est la tête, la source de la race, *familiæ caput :* la seule parenté reconnue, c'est la parenté par les femmes.

Ce système a sans doute régné parmi les diverses races humaines pendant bien des générations : il domine encore de nos jours dans une notable portion de l'humanité. D'ailleurs, cette forme de la parenté ne se rencontre pas seulement chez les peuples qui pratiquent plus ou moins largement la promiscuité sexuelle : on la retrouve à côté de ce singulier mariage, aujourd'hui bien connu, que l'on nomme la *polyandrie;* souvent même elle persiste d'abord avec l'union monogame, lorsque celle-ci apparaît. Il semble que cette institution ait relevé le rôle social de la femme dans les civilisations primitives. Là où règne ce *droit de la mère,* la femme occupe souvent, au point de vue du droit, une position forte et presque dominante. C'est par la femme que la parenté s'établit, et le droit successoral qui suit la parenté non-seulement transmet les biens aux seuls parents par les femmes, mais encore parmi ceux-ci souvent choisit les femmes elles-mêmes à l'exclusion des hommes. La femme paraît au premier rang dans les sacerdoces, et souvent, dans les conseils politiques, à côté des hommes, elle fait entendre sa voix.

Mais si la maternité peut être le centre unique d'où rayonne la parenté, elle ne peut être le fondement sur lequel reposera la famille [1]. La parenté par les femmes créa, dans la

[1] Dans ce système, on ne peut point dire que la famille ait vraiment un chef. Mais les enfants ont cependant un homme pour protecteur naturel et légal : c'est le frère utérin de leur mère qui leur tient lieu de père et dont ils sont comme les

tribu, des groupes peu compactes dont les membres étaient seulement unis par une certaine solidarité pour la défense mutuelle et par les droits réciproques de successibilité. Seule la paternité pouvait constituer la famille, en faire une unité sociale et politique; le père seul pouvait créer le gouvernement domestique, et donner le foyer familial pour base première à la cité. Son avénement à la vie juridique marque l'un des progrès les plus considérables de l'humanité, et c'est peut-être pour avoir de très bonne heure accompli ce progrès que les Ariens et les Sémites ont pris la tête de la civilisation.

La paternité paraît s'être introduite dans les institutions primitives par des voies détournées ou par des procédés factices; ce fut d'abord un résultat voulu plutôt que la reconnaissance d'un fait naturel. Tantôt on use d'une simulation naïve, on substitue le père à la mère en le soumettant à la fiction d'un accouchement; tantôt on combine une union polyandrique, où tous les fils d'une même mère jouent le rôle de maris à l'égard d'une épouse unique, et l'on attribue à l'aîné tous les enfants qui naissent de ce commerce. L'adoption formelle doit avoir joué un grand rôle dans la constitution ancienne de la paternité, mais ce qui favorisa surtout celle-ci, ce fut sans doute l'appropriation véritable de la femme par l'époux. Par là, le mari avait sur les enfants de sa femme le même droit qu'il aurait eu sur le part d'une esclave; s'il voulait se reconnaître leur père, il pouvait, en affirmant sa puissance sur eux, donner une sanction juridique à sa paternité. Par là s'expliquent sans doute la capture et l'achat des épouses, qu'on retrouve si souvent comme la forme même du mariage, soit qu'ils représentent encore une réalité, soit qu'ils aient dégénéré en actes symboliques. Mais ces coutumes amenèrent nécessairement l'abaissement réel ou tout au moins l'infériorité juridique de l'épouse et de la femme en général. En même temps, il résulta de là une

fils. Partout où l'on trouve ce trait caractéristique, on peut dire que la parenté par les femmes est seule reconnue, ou que son règne vient seulement de finir.

conception nouvelle de la parenté et des droits de famille, uniquement fondée sur la paternité; c'est la parenté par les mâles, le système agnatique dont le droit romain a subi si longtemps l'impérieuse domination et dont il fournit le plus célèbre exemple, mais qui paraît représenter une phase commune dans le développement des nations progressives. Le droit allait ignorer la maternité, après n'avoir longtemps connu qu'elle, jusqu'au jour où le progrès, déroulant ses transformations, unirait dans un système plus large les deux principes qui tour à tour avaient exclusivement régné sur la famille. Ainsi se constituèrent les groupes de forme patriarcale, qui composent les peuplades Ariennes et Sémitiques lorsqu'elles font dans l'histoire leur première apparition. Si cette généralisation n'est point trop hardie, la famille patriarcale qu'on a pris pour la première organisation sociale serait au contraire le résultat d'une lente évolution.

A. E.

CHAPITRE II.

ORIENT.

Lorsque les familles commencèrent à se grouper en tribus, en cités, en États, le gouvernement domestique, le seul qu'on connût encore, dut servir de type au gouvernement politique qu'il s'agissait de créer. L'État ne fut qu'une grande famille dont le monarque était le père; la puissance du monarque sur ses sujets fut aussi absolue que l'était celle du père sur ses enfants. C'est ainsi que, du régime patriarcal, les sociétés se trouvèrent conduites au régime despotique.

En Europe, ce nouveau régime ne fut que transitoire. Entre ces côtes si profondément découpées de la Grèce et de l'Italie, premier théâtre de la civilisation européenne, la tyrannie manquait d'espace pour s'étendre et s'affermir; sur chaque cap, sur chaque golfe, s'élevait une cité indépendante, et le pouvoir de chaque tyran, renfermé le plus souvent dans l'étroite enceinte d'une ville, était trop menacé au dehors, trop faible au dedans, pour être durable. Mais dans les plaines sans bornes de l'Asie orientale, les populations agglomérées formèrent de bonne heure des États immenses et compactes, et, le poids de la tyrannie croissant toujours avec l'étendue de ces empires, les peuples, une fois asservis, ne purent plus se relever. Aujourd'hui encore, après plusieurs milliers d'années, le même despotisme pèse sur ces contrées, opposant aux efforts continus de la civilisation européenne une force invincible d'inertie. Sans doute, en Orient comme en Europe, des révolutions nombreuses ont renversé les trônes et les dynasties; les lois, les mœurs,

les religions, tout a changé; mais le despotisme est resté immuable, en sorte que les sociétés orientales ont marché sans avancer et ont, pour ainsi dire, tourné sur place. Nous pourrons donc, pour cette période comme pour les précédentes, trouver dans les États modernes d'Orient l'image des monarchies primitives et dans des faits contemporains la confirmation des plus antiques documents. Car chaque forme des sociétés humaines a sa place déterminée dans la géographie comme son époque distincte dans l'histoire : de même que nous avons retrouvé dans l'Océanie les mœurs de l'ère primitive, dans l'Afrique et les Indes occidentales les institutions de l'ère patriarcale, nous allons retrouver aussi, en plein XIX^e^ siècle, cette grossière ébauche de gouvernement des premiers temps historiques, le despotisme absolu. Il règne sur l'Asie tout entière, et plus près de nous encore : l'autocratie asiatique a sa place en Europe, dans cet empire ottoman qui, entouré et comme pressé de toutes parts par la civilisation moderne, est cependant plus éloigné de nous par les institutions et par les mœurs que les Grecs d'il y a trois mille ans.

C'est donc le régime patriarcal, transporté de la famille dans l'État, que nous allons rencontrer encore dans les législations orientales. Le monarque est devenu ce que le père de famille était naguère, seul législateur, juge suprême, souverain pontife, maître absolu de la personne et des biens de tous ses sujets. Seulement cette puissance, en passant du père au monarque, a perdu son contre-poids naturel : l'autorité domestique était tempérée par les affections domestiques, la puissance du monarque n'a plus de frein. Sans doute il est de maxime chez les Chinois que l'empereur a pour ses sujets toute l'affection et tous les soins d'un père, de même que le père a sur sa famille tous les droits d'un souverain [1]. Mais pour prendre au sérieux ces belles maximes, il faut la naïve inexpérience de peuples restés enfants.

[1] Davis, *The Chinese, a general description of the empire of China and its inhabitants,* London, 1836, vol. I, ch. VIII.

Toutefois les sociétés orientales n'auraient pu subsister, même dans l'abaissement où elles sont plongées, sans quelque principe supérieur à ce despotisme absolu qui est la négation de tous les droits. On a toujours reconnu, même en Orient, une autorité au-dessus du despote, c'est la Divinité, ce sont les livres saints où elle a révélé ses lois[1]. La religion, chez ces peuples, doit tenir lieu de tout, car en dehors d'elle il n'y a plus que les volontés arbitraires d'un maître. Aussi la voyons-nous sortir de son domaine, étendre sa consécration jusque sur les institutions et les intérêts privés et les ériger en droit. Le droit, en Orient, n'a donc pu être qu'un droit religieux : tous les codes de lois qui s'y sont succédé, depuis le *Manava* jusqu'au Coran, ont été reçus par les peuples comme des révélations divines. Dans ces codes tout est confondu, théologie, morale, droit pénal, public et privé : l'on y voit tantôt le voleur ou l'assassin menacé d'une peine dans la vie à venir; tantôt le blasphémateur et l'impie frappés par la justice humaine[2]. Rien n'échappe à l'omnipotence d'une loi que Dieu même a dictée : elle pénètre jusqu'au foyer domestique, elle perce tous les voiles, et il n'est pas de rapport si intime et si secret entre le mari et la femme, entre la mère et la fille, qu'elle n'atteigne et ne réglemente.

En présence de ces deux autorités toutes-puissantes, le despote et la loi religieuse, le père de famille n'a plus conservé, en Orient, qu'une faible partie de ses anciennes prérogatives, et la famille qui, dans l'ère patriarcale, concentrait en elle tous les pouvoirs, se trouve maintenant presque absorbée par l'État. Il est aisé de prévoir quelle va être l'influence de ce changement sur la condition de la femme. La femme ne sera plus dans la dépendance absolue de son mari ou de son père. La loi religieuse l'a prise sous sa garde; dé-

[1] Les Mongols et les Chinois eux-mêmes ont une religion et un culte, bien qu'on ait parfois prétendu le contraire. Cpr. A. Frank, *Le droit chez les anciennes nations de l'Orient* (*Études orientales*, 1861).

[2] Manou, VIII, 82; IX, 290; XII, 53-81.

sormais, quiconque manquera aux devoirs prescrits envers elle va attirer sur sa tête la colère des dieux [1].

Le premier de ces devoirs, c'est de la marier quand elle est nubile; le mariage, dans les idées orientales, est une obligation légale, une dette envers l'État. En Chine, un officier public préposé aux mariages fait, dit-on, rassembler sur la place publique, à la lune du milieu du printemps, tous les hommes de trente ans et toutes les femmes de vingt ans qui ne sont pas encore mariés, et les fait punir s'ils ne se marient. Chez les Perses, les Hindous, les Hébreux, le père qui négligeait de marier sa fille nubile, était déchu de la puissance paternelle : la fille pouvait elle-même se donner en mariage à l'homme de son choix [2].

Ainsi le mariage des enfants ne se règle plus sur l'intérêt privé du père de famille, mais sur l'intérêt de l'État; il ne dépend plus du père de garder sa fille ou de la vendre, suivant le profit qu'il y trouve; marier sa fille, ce n'est plus pour lui un droit, mais un devoir. Dès lors, l'antique usage du mariage par vente disparaît peu à peu. Manou, le premier, l'interdit dans l'Inde, et plus tard, cette prohibition se répand, avec les doctrines bouddhiques, dans une partie de l'Asie orientale. Plus tard encore, le même progrès s'accomplit à l'occident de l'Asie : dans le Talmud comme dans le Coran, ce n'est plus au père de la jeune fille que l'époux vient offrir ses présents, c'est à la fille elle-même; le prix de l'épouse s'est transformé en une sorte de douaire à son profit, et, grâce à cette heureuse transformation, la même institution qui consacrait l'asservissement de la femme, est devenue pour elle une promesse et presque une garantie d'indépendance [3].

Une fois mariée, la femme passe sous le pouvoir du mari,

[1] Manou, IX, 93 : « Lors même que le mari prend une femme pour qui il n'a point d'inclination...., il doit la protéger si elle est vertueuse, afin de plaire aux dieux. » Koran, Sura IV, 23.

[2] L.-A. Martin, *Histoire de la femme dans l'antiquité*, Paris, 1862, t. I, p. 135, 280, 364.

[3] Mischna, *Ketuboth*, I, IV, V, § 1; Koran, Sura IV, 3, 23.

mais reste sous la protection de la loi religieuse : « Le mari est maître de sa femme, dit le Coran, mais Dieu est puissant et a l'œil sur lui[1]. » Ces devoirs du mari, pour qui se borne à lire les Codes de l'Orient, semblent, à première vue, différer à peine de ceux que prescrivent les lois de l'Europe moderne; ils se résument toujours dans les mots de protection, secours, assistance, fidélité[2]. Mais ce n'est là qu'une trompeuse apparence. Des peuples polygames, on le comprend, doivent entendre tout autrement que nous le devoir de fidélité conjugale. L'infidélité du mari consiste chez nous non pas à délaisser son épouse, mais à avoir commerce avec une autre femme, chez les Orientaux, au contraire, elle consiste, non pas à entretenir la femme d'autrui, mais à négliger sa propre femme et à ne pas lui rendre assidûment les devoirs conjugaux. Il doit en être ainsi chez des peuples où la seule fin du mariage est la procréation des enfants et où l'État demande à chaque citoyen, non-seulement d'être époux, mais aussi et surtout d'être père. Aussi la loi et la jurisprudence asiatiques prennent-elles le soin de réglementer la manière dont le *debitum conjugale* doit être acquitté, avec des détails d'une précision trop indiscrète et trop choquante pour qu'il me soit permis de les reproduire[3]. Et ce ne sont point là de vains conseils donnés au mari par un législateur moraliste : si l'on en croit les voyageurs modernes, en Turquie, par exemple, la femme négligée par son mari peut le traduire devant le cadi et le faire punir[4].

Ces devoirs de fidélité et d'assistance, la loi les impose au mari pour sa vie entière. Elle semble ne lui permettre le divorce qu'à regret; elle ne se borne pas à le menacer de la vengeance céleste s'il répudie sa femme injustement[5], elle

[1] Sura II, 228, 229, 231.

[2] « Qu'une fidélité mutuelle se maintienne jusqu'à la mort, tel est, en somme, le principal devoir de la femme et du mari. » Manou, IX, 101, 102; III, 55, 61, 62; Koran, Sura IV, 128; Exode, XXI, 10.

[3] Manou, III, 45-50; Lévitique, XII, XV; Mischna, *Keluboth*, 61 a, 63 a; Selden, *De uxore hebraïca*, Londini, 1646, liv. III, ch. VI.

[4] Voy. les auteurs cités par Michaëlis, *Mosaïsches Recht*, t. II, § 118.

[5] « Si le divorce est fermement résolu, Dieu sait et entend tout. » Koran, Sura II, 227.

prend soin d'opposer à une injuste répudiation des obstacles plus efficaces, précautions devenues nécessaires depuis que le mariage par vente est aboli et que le mari peut ainsi changer de femme sans qu'il lui en coûte rien. Les lois de l'Inde et de la Chine déterminent et limitent les cas où la répudiation est permise. Dans la législation mosaïque, la liberté des répudiations trouve un frein dans les formalités qui doivent accompagner l'acte de divorce; chez les musulmans, dans l'obligation pour le mari de laisser un douaire à la femme qu'il répudie[1]. Si le mariage est dissous par la mort du mari, ses héritiers succèdent à l'obligation de protéger et d'entretenir la veuve[2].

Enfin la loi ne se borne pas à protéger la personne de la femme, elle protège aussi ses biens et lui assure une sorte de patrimoine. Ce patrimoine se compose des présents que reçoit la femme en se mariant, de son trousseau, des esclaves attachées à sa personne[3], enfin des successions qui peuvent lui échoir. Toujours exclue, dans le principe, par les héritiers mâles, la femme a peu à peu obtenu à côté d'eux une part, minime, il est vrai, dans le partage héréditaire : elle est admise à succéder dans une mesure plus ou moins étroite, chez les Hébreux, chez les Hindous, chez les musulmans, dans tout l'Orient enfin, excepté chez les Chinois[4].

Ainsi la famille a perdu son autonomie : l'antique constitution domestique est de toutes parts battue en brèche et entamée par l'État. Qu'il s'agisse de la fille ou de l'épouse, du mariage ou de la répudiation, de la personne ou des biens, partout l'État et la loi publique sont venus mettre un frein à la toute-puissance du père de famille et assurer à la femme des droits, des garanties, des libertés.

Et maintenant que la femme est ainsi à demi affranchie

[1] Deutéronome, XXIV, 1-4; Ta-tsing-leu-lee, sect. 116; Koran, Sura II, 238; V, 24, 25.

[2] Manou, VIII, 28.

[3] Genèse, XVI, 2, 3; XXIV, 22, 29; Manou, III, 55; IX, 194, 200; Koran, Sura IV, 3, 23.

[4] Gans, *das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung*, Berlin, 1824, t. I, p. 118, 148, 189, 248.

par les lois, quelle va être sa place dans la société? Va-t-elle acquérir, avec une capacité légale et des droits nouveaux, une influence morale et une autorité nouvelles? Loin de là, nous la voyons subir une déchéance profonde : tandis que tous les monuments de l'époque patriarcale nous la représentaient entourée d'honneurs et de respect, malgré son incapacité et sa dépendance, en Orient, au contraire, nous la voyons dégradée et avilie, malgré la protection des lois. D'un bout à l'autre de l'Asie, la femme est considérée comme un être d'une nature inférieure, tenant à la fois de l'enfant et de l'esclave, faible comme le premier, vil comme le second, objet à la fois de pitié et de mépris. Nos missionnaires ne peuvent parvenir à faire comprendre aux Chinois qu'une femme a une âme immortelle comme l'homme[1]. Les mahométans, un peu plus avancés, reconnaissent que la femme a une âme ; mais ce qu'il leur est difficile de concevoir, c'est que son âme puisse aller en paradis[2]. « Manou, disent les saints livres de l'Inde, a donné en partage aux femmes l'amour de leur lit, de leur siége et de la parure, la concupiscence, la colère, les mauvais penchants, les mauvais désirs, la perversité. Connaissant le caractère dont les a douées le Créateur, que les maris mettent donc la plus grande vigilance à les surveiller. Jour et nuit, elles doivent être tenues dans la dépendance : jeunes ou vieilles, elles ne doivent jamais rien faire, même dans leur maison, suivant leur propre volonté[3]. » A son tour, le plus illustre interprète de la loi juive, Maimonides, nous déclare qu'une femme, de même qu'un esclave ou un jeune enfant, est indigne d'étudier la loi sainte[4]. Enfin Mahomet, revêtant ces idées communes de la précision d'une formule mathématique, enseigne qu'un homme vaut deux femmes, de même qu'une femme vaut

[1] Huc, *l'Empire chinois,* Paris, 1857, t. I, ch. VI.

[2] Chardin, *Voyage en Perse,* Amsterdam, 1735, t. IV, p. 26.

[3] Manou, V, 147; IX, 2-19.

[4] Maimonides, *De Doctrina legis,* Oxonii, 1705, I, 1, 13 : « ..... Quoniam mulierum animi sunt plerumque doctrinæ incapaces et ob ingenii imbecillitatem verba legis ad vanum et hyperbolicum sensum trahunt. »

deux esclaves[1]. Ainsi, dans l'esprit de tous les Orientaux, la femme se rapproche de l'esclave par sa nature. Faut-il s'étonner, après cela, si elle s'en rapproche aussi par la condition qui lui est faite, si elle est tenue dans la même contrainte, si parfois elle partage les mêmes travaux?

Mais comment concilier ensemble deux résultats si contradictoires en apparence, l'affranchissement de la femme dans la famille, sa déchéance dans la société? Un même fait les explique l'un et l'autre : quand l'État, attirant à lui tous les pouvoirs, dépouilla la famille de ses anciennes prérogatives et s'empara de la tutelle de la femme, la femme perdit plus qu'elle ne gagna à cette émancipation apparente. Tous les coups qui frappaient la famille atteignaient la femme elle-même. Pouvait-il en être autrement? C'est dans la famille qu'est la vraie place de la femme; c'est là surtout qu'elle est puissante, car c'est à l'ombre du foyer domestique que brillent le mieux toutes ses vertus. Lorsque la famille était souveraine, comme dans l'époque patriarcale, l'influence de la femme était considérable : lorsque le père de famille était pontife et roi, la mère ou l'épouse, elle aussi, était prêtresse et reine, et ces liens inflexibles qui l'unissaient si étroitement au chef de la maison, en enchaînant sa liberté, l'associaient en même temps à tous les honneurs et à tous les pouvoirs. Mais le jour où un pouvoir public s'est fondé, où le souverain domestique a dû abdiquer devant un monarque, la femme a été déchue du même coup. Le régime despotique, qui semblait l'affranchir, l'a en réalité frappée d'impuissance.

Ce serait ici le lieu de rechercher quels peuvent être, quels ont été de tout temps les effets du despotisme absolu sur la condition civile de la femme. Le premier, c'est la polygamie : la polygamie et le régime absolu n'ont jamais existé l'un sans l'autre dans les nations civilisées. Et comment le principe de la monogamie, qui implique une réciprocité de devoirs entre l'homme et la femme, une sorte

[1] Koran, Sura IV, 6, 12, 38; Sura XLIII, 15-17. Cpr. J. Unger, *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, p. 45.

d'égalité entre le plus fort et le plus faible, pourrait-il trouver place dans le pays d'où la notion de la liberté est absente? Aussi, s'il est une institution qui, à travers toutes les différences de race, de siècle, de religion, de climat, se retrouve identique et immuable dans tout l'Orient, c'est la pluralité des femmes. Ceux mêmes qui ont donné à l'Asie les lois les plus pures et les plus saintes, Zoroastre, Moïse même, se sont vus contraints de plier à cet impur usage l'austère rigidité de leurs doctrines[1]. La polygamie est l'institution caractéristique en Asie comme la monogamie en Europe, et c'est dans le contraste de ces deux institutions qu'apparaît, sous sa forme la plus saillante, cet antagonisme radical qui, toujours vivace depuis les origines de l'histoire jusqu'à nos jours, a tour à tour séparé et mis aux prises les deux parties du monde civilisé.

Partant de cette idée, on a voulu voir dans la polygamie un effet du climat, et peu s'en faut qu'on n'ait fait d'une des plus graves questions de politique et de morale une simple question de géographie. Montesquieu semble admettre que, dans les climats chauds, il est naturel d'avoir plusieurs femmes, et cela pour les raisons suivantes : dans ces pays, il naît beaucoup plus de filles que de garçons; on y a moins de besoins, de sorte qu'il en coûte moins pour entretenir plusieurs femmes et de nombreux enfants; enfin les femmes n'y sauraient avoir d'influence, car elles se marient étant encore enfants, et lorsqu'elles entrent dans l'âge de raison, elles ont déjà perdu leur beauté; dans les pays froids, au contraire, elles conservent leur beauté plus longtemps, et, comme d'ailleurs, dans ces pays, les hommes s'adonnent d'ordinaire aux boissons fortes, les femmes y ont encore l'avantage de la raison sur eux[2]. Si tout cela était vrai, il

[1] On a cru trouver dans le Zend-Avesta (III, 230) la consécration de la monogamie; mais toute l'histoire des Perses prouve qu'ils n'ont vu dans ce texte qu'un simple précepte, et non une prescription législative. — « Moïse, dit Jésus, vous a permis la polygamie à cause de la dureté de vos cœurs. » Mathieu, XIX, 8; Marc, X, 5. — Pour les Hindous, cpr. Manou, IX, 198; Yâjnavalkya, I, 57.

[2] Je résume l'*Esprit des lois*, liv. XVI, ch. II-IV. Il est juste d'ajouter que notre

faudrait désespérer de toute civilisation morale pour les climats chauds. Je crois qu'une meilleure observation des faits doit nous conduire à une conclusion moins décourageante.

Certains voyageurs, il est vrai, racontent qu'à Batavia et à Bantam il naît cinq, huit, jusqu'à dix filles pour un garçon; mais tant qu'on ne tiendra pas dans ces pays des statistiques et des registres de l'état civil qui me le démontrent, j'aurai de la peine à croire que les lois de la nature y soient tout autres que chez nous[1]. D'ailleurs il est faux de s'imaginer que, partout où règne la polygamie, il doit y avoir un excédant de population féminine; la polygamie, chez les divers peuples du Levant, existe en principe bien plutôt qu'en fait, et chez ceux qui l'admettent avec le moins de réserve, chez les musulmans, les voyageurs modernes ont trouvé tout au plus un homme sur cent qui eût deux femmes; ils n'ont pas trouvé un homme sur cinq cents qui en eût plus de deux[2]. Ce n'est que dans les riches capitales, dit Michaëlis, que l'on voit de nombreux harems; les femmes qui les peuplent y ont été transportées de tous les marchés de l'Asie; la plupart ont vu le jour dans les steppes de la Tartarie ou dans les montagnes de l'Himalaya ou du Caucase, et le voyageur que surprendrait une telle affluence de femmes dans les villes d'Orient serait aussi naïf que celui qui s'étonnerait de voir beaucoup plus d'hommes que de femmes dans nos villes de garnison. Aussi la polygamie, qui est déjà un si grand mal, entraîne-t-elle après elle un mal plus grand encore, la polyandrie chez ces pauvres peuplades des steppes ou des montagnes qui fournissent les harems, il ne reste plus qu'un nombre de femmes si insuffisant, que tous les hommes de la même famille n'ont le plus souvent qu'une même femme qu'ils se partagent entre eux; il en est ainsi chez les Tartares mongols, au pied de l'Himalaya et sur quelques côtes de la

grand publiciste termine en disant : « Dans tout ceci, je ne justifie pas les usages, mais j'en rends les raisons. »

[1] Les relations à ce sujet sont contradictoires. Voy. Michaëlis, *Mosaïsches Recht*, t. II, § 96.

[2] Lane, *Modern Egyptians*, Londres, 1860, ch. VI, p. 178 (5e éd.).

mer des Indes[1]. La polygamie fait donc violence aux lois de la nature comme à la loi morale, et ce qui prouve bien qu'elle n'est particulière à aucun climat, c'est qu'elle a existé et existe encore sous toutes les zones comme sous tous les méridiens : on la rencontre chez les Indiens des deux Amériques comme chez les Tartares des deux Russies, aux glaces du Kamschatka comme sous les feux des tropiques[2], enfin chez toutes les peuplades qui en sont restées au régime patriarcal, comme dans tous les États qui n'ont pas dépassé le régime despotique. La polygamie est donc appropriée, non pas à certaines circonstances physiques, mais à un certain état de civilisation, ou plutôt de barbarie; ce n'est pas sous tel ou tel climat que le publiciste doit chercher sa place naturelle, c'est aux premières étapes dans la marche progressive de l'humanité.

Si la polygamie est la conséquence du despotisme, quels seront les effets de la polygamie? L'asservissement de la femme, son abaissement moral, j'en ai déjà donné les preuves; enfin son incapacité légale. Sans doute les législateurs d'Orient protègent la femme, mais cette protection même témoigne de son incapacité : ils n'auraient pas eu besoin de la protéger ainsi s'ils n'avaient pas commencé par la rendre impuissante. Si la femme peut posséder certains biens, recueillir certaines successions, tous ces droits sont plus apparents que réels : car le même code qui appelle les femme à succéder, qui prescrit aux pères et aux maris de « combler les femmes de présents[3], » déclare en même temps[4] que tout ce que peut acquérir une femme est acquis à son mari ou à son père. Le patrimoine de la femme n'est donc qu'un *pécule,* son droit qu'une simple jouissance, et elle ne peut évidemment disposer, contracter, s'obliger qu'avec l'autorisation, disons

[1] Eric von Schœnberg, *Patmakhanda, Lebens und Charakterbilder aus Indien und Persien,* Leipsick, 1852, t. I, p. 114. En Géorgie, où l'antique mariage par vente se pratique encore, les femmes sont, dit-on, si rares, qu'on n'en peut avoir qu'à des prix élevés.

[2] Klemm, *Die Frauen,* t. I, p. 29, 51, 80, 131.

[3] Manou, III, 55.

[4] *Ibid.*, VIII, 416, et *infrà,* p. 53.

mieux, avec l'ordre ou le concours de son père, de son mari ou des héritiers de son mari [1].

Jusqu'ici, je n'ai fait qu'esquisser les traits communs à tout l'Orient, et, en restant dans les généralités, je suis peut-être resté dans le vague. Pour nous faire une idée plus précise du droit oriental, examinons un instant de plus près deux codes particuliers, celui de Manou et celui de Moïse. Nous pouvons les prendre comme types des deux classes de législations qui se partagent l'Asie, les législations panthéistes, qui ont toujours régné sur l'extrême Orient, les législations monothéistes qui ont régi de tout temps l'Asie occidentale. D'ailleurs, ces deux codes présentent un intérêt particulier pour qui recherche les origines de nos institutions européennes; la loi de Manou, à cause de la communauté de race qui nous unit aux Hindous; la loi de Moïse, à cause de l'influence qu'elle a exercée sur le droit canon et par suite sur les lois modernes.

II.

La loi de Manou a souvent, pour les femmes, des paroles pleines de douceur; le christianisme même n'a rien inspiré de plus délicat et de plus tendre : « Ne frappez pas, même avec une fleur, une femme chargée de fautes. Partout où la femme est honorée, les divinités sont satisfaites; mais lorsqu'on ne l'honore point, tous les actes pieux sont stériles. Les femmes doivent être comblées d'égards et de présents par leurs pères, leurs frères et leurs maris; car, lorsque la femme brille par sa parure, toute la famille resplendit; mais si elle n'est point parée, elle ne fait point naître la joie dans le cœur de son époux. Celui-là seul est un homme parfait qui se compose de trois personnes réunies : sa femme, lui-même et son fils; et les brahmanes ont déclaré cette maxime: Le mari ne fait qu'une même personne avec son épouse.

[1] « Tout contrat passé par une femme, si ce n'est en temps de détresse, est nul et de nul effet. » Naréda, cité par Macnaghten, *Principles of Hindu law*, Londres, 1861, p. 105.

Qu'une fidélité mutuelle se maintienne jusqu'à la mort, tel est le principal devoir de la femme et du mari. Dans toute famille où le mari se plaît avec sa femme et la femme avec son mari, le bonheur est assuré pour jamais. » Tous, excepté les brahmanes, doivent, par déférence, céder le pas à une femme. La femme n'est pas seulement honorée, elle est divinisée : « Les femmes qui s'unissent à leurs époux pour devenir mères, et qui font l'honneur de leurs maisons, sont véritablement les déesses de la fortune[1]. »

Mais si la femme est divinisée, c'est que dans cette législation panthéiste tout est considéré comme divin. La même protection qui couvre la fille ou l'épouse, s'étend aussi sur tous les êtres de la nature : celui qui frappe une femme n'est guère plus coupable que celui qui écrase par mégarde l'insecte des champs ou qui coupe la liane en fleur[2]. Dans la même classe de fautes sont rangés le meurtre involontaire d'une femme et celui d'une vache[3]. Sera-t-on surpris dès lors si la même loi qui, tout à l'heure divinisait la femme, la dégrade et la ravale : « Les femmes sont avides de plaisirs, capricieuses d'humeur, sans affection naturelle ; elles sont privées de la connaissance des saintes lois et des prières, elles sont la fausseté même. Tel est le caractère qui leur a été donné au moment de la création par le Seigneur des créatures. » Tout le bien qui peut être en elles, elles le doivent à leur mari, qui leur communique ses propres vertus. « Car une femme, par un mariage légitime, revêt les mêmes qualités que son époux, semblable à la rivière qui se perd dans l'Océan, et elle est admise après sa mort dans le même séjour céleste. » Aussi n'y a-t-il pour la femme d'autre Dieu que son mari. Elle est exclue de toute cérémonie religieuse : « Il n'y a pour elle ni sacrifice, ni jeûne, ni pratique pieuse ; son zèle à servir son époux lui tient lieu de séjour auprès du

[1] Lois de Manou (trad. Loiseleur-Deslongchamps, Paris, 1833), II, 138, 139; III, 55, 56, 60; IX, 26, 45, 101. Yâjnavalkya (übers. Stenzler, Berlin, 1849), I, 74.

[2] *Ibid.*, XI, 140 ; cpr. 66, 142-145 ; III, 68, 69.

[3] Manou, XI, 66 ; cpr. 59.

Père spirituel, et le soin de sa maison, de l'entretien du feu sacré[1]. »

Exclue des offices religieux, la femme l'est également des offices civils : Manou ayant déclaré que la femme était la fausseté même, son témoignage n'est point reçu, si ce n'est dans des affaires qui ne concernent que des personnes de son sexe[2]. Son incapacité civile est générale et perpétuelle : « Pendant son enfance, la femme doit dépendre de son père; pendant sa jeunesse, de son mari; veuve, de ses fils; si elle n'a pas de fils, des proches parents de son mari; elle ne doit jamais se gouverner elle-même[3]. » Tous ces divers protecteurs de la femme sont maîtres de ses biens comme de sa personne : ce que la loi appelle le patrimoine séparé de la femme[4] n'est, comme je l'ai dit, qu'un simple *pécule;* et ce qui le prouve, c'est que la fille qui chercherait à s'approprier ce pécule, qui emporterait, par exemple, en se mariant, les présents qu'elle a reçus dans la famille de son père, se rendrait coupable de vol[5].

Cette législation panthéiste, qui fait de chaque personne une émanation de la Divinité, revêt aussi d'une forme religieuse chaque acte de la vie civile. Le mariage, en particulier, « ne peut s'accomplir sans prières nuptiales[6], » et les cérémonies religieuses qui l'accompagnent présentent dans leurs moindres détails une frappante analogie avec celles d'Athènes ou de Rome. A côté de cette solennité commune, la loi signale huit formes différentes que l'union de l'homme et de la femme peut revêtir[7]. De ces huit formes, quatre sont

[1] Manou, II, 67; V. 155, 165, 166; IX, 15, 16, 18, 22.

[2] *Ibid.*, VIII, 77; Yâjnavalkya, II, 70.

[3] *Ibid.*, V, 148; Yâjnavalkya, I, 85, 86.

[4] *Ibid.*, IX, 194.

[5] *Ibid.*, IX, 92; VIII, 416. — Sans doute, cette jouissance de la femme est, jusqu'à un certain point, protégée par la loi, qui punit comme voleurs les frères ou autres parents qui s'approprieraient le bien des femmes orphelines, veuves ou répudiées (Manou, VIII, 28, 29; Yâjnavalkya, II, 25); mais la loi n'impose aucune limitation aux droits des pères ou des maris. Cpr. Macnaghten, *Principles of Hindu law*, ch. III.

[6] *Ibid.*, VIII, 227.

[7] *Ibid.*, III, 20-42.

saintes et quatre impies. Parmi les quatre premières, il en est une qui nous rappelle la *coemptio* du droit romain, et où la vente de la mariée s'est conservée comme un pur symbole : les bœufs offerts par l'époux comme prix du contrat sont immolés pour le sacrifice. Les trois autres, purement religieuses comme la *confarreatio* romaine, ne se distinguent entre elles que par de légères différences dans le cérémonial. Quant aux formes réprouvées par la religion, elles ne pouvaient, en général, consacrer une union légitime, la femme restait avec ses biens sous la puissance de sa famille et ne passait point sous celle de son mari [1].

La religion, qui préside au mariage, consacre aussi tous les rapports de famille. La famille indienne n'est qu'une sorte de corporation religieuse, vouée, comme dans l'ère patriarcale, au culte perpétuel des divinités domestiques. Ces divinités, ce sont les ancêtres, c'est le père de famille défunt, qui revient, hôte invisible, au foyer qu'il habita, pour y recevoir chaque jour les prémices du repas du soir [2], et y jouir encore de l'affection fidèle de ses enfants et de sa veuve [3]. Si ce culte des mânes s'interrompait, si une famille venait à s'éteindre, les âmes des ancêtres, toujours errantes ici-bas parmi les mauvais génies, ne pourraient jamais parvenir au céleste repos [4]. Le premier devoir d'un enfant envers ses aïeux, c'est donc de perpétuer leur famille; pour remplir ce devoir, la loi lui indique les moyens suivants.

[1] Manou, IX, 197. Il faut sans doute faire exception pour le *gandarvha,* mariage contracté par la fille nubile sans le consentement de ses parents. Manou, III, 32, 35. Au reste, ces diverses formes de mariage sont toutes autorisées ou tolérées de nos jours. Macnaghten, *Principles of Hindu law*, ch. v, p. 62.

[2] *Ibid.,* III, 82, 122, 266-275, 189 : « Les mânes des ancêtres, à l'état invisible, accompagnent les brahmanes conviés; sous une forme aérienne, ils les suivent, et prennent place à côté d'eux lorsqu'ils s'asseyent. »

[3] La loi prescrit à la veuve la plus stricte fidélité envers le défunt. Manou, V, 156, 157 : « Une femme qui désire obtenir le même séjour de félicité que son mari, ne doit rien faire qui puisse lui déplaire, soit pendant sa vie, soit après sa mort... Après avoir perdu son époux, qu'elle ne prononce pas même le nom d'un autre homme. »

[4] *Ibid.,* IX, 137, 138 : « Par un fils, un homme gagne les mondes célestes; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité; par le fils de ce petit-fils, il s'élève au séjour du soleil. »

D'abord, le mariage : le seul but du mariage, ce qui l'honore et le sanctifie, c'est la naissance des enfants : « en mettant un enfant mâle au monde, la femme procure le ciel à son époux et aux ancêtres de son époux [1]. » Si la femme est stérile, le mari doit la répudier et en prendre une autre.

Mais l'union peut être stérile par la faute du mari. En ce cas, une autre institution vient suppléer à l'insuffisance du mariage. Le mari peut se procurer un fils en cédant temporairement à son frère ou à l'un de ses parents ses droits sur sa femme. Cet usage, quelque étrange qu'il nous paraisse, remonte à la plus haute antiquité et revêtait sans doute à l'origine une forme bien plus grossière. Nous avons vu que, chez plusieurs tribus voisines de l'Inde, la femme est la propriété commune de tous les membres de la famille, et divers témoignages de l'antiquité accusent en divers lieux un semblable usage [2]. Il devait en être de même dans l'Inde antique : le mariage s'y contractait par vente; la femme était achetée dans l'intérêt commun de la famille, pour la perpétuer en lui donnant des héritiers mâles; elle était achetée des deniers communs, car l'indivision a toujours été considérée dans les familles indiennes comme plus sainte que le partage; elle devait donc aussi être pour tous les parents comme une propriété commune. La loi de Manou, tout en maintenant dans la famille l'indivision des biens, en a fait disparaître la communauté des femmes : désormais, le mari a sur son épouse des droits exclusifs, et s'il devient nécessaire, pour rendre le mariage fécond, qu'il cède un instant ses droits à l'un des membres de sa famille, cette infraction à la loi conjugale, par les solennités austères qui l'accompagnent, est dépouillée de tout caractère impur, et revêt la forme d'un devoir religieux [3].

[1] Manou, IX, 28; cpr. III, 36-38.

[2] Strabon, liv. XVI, ch. IV, n. 25; César, *de Bello Gall.*, V, 14. Cpr. J. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 443.

[3] Manou, IX, 58-63 : « Arrosé de beurre liquide et gardant le silence, que le parent chargé de cet office, en s'approchant, pendant la nuit, d'une veuve ou d'une femme sans enfants, engendre un seul fils, jamais un second... Après cela, que la femme et le parent se comportent, l'un envers l'autre, comme une belle-fille

Enfin, le mariage peut n'être point stérile, mais ne produire que des filles. En ce cas, comment s'y prendra l'époux pour acquitter sa dette envers ses aïeux? La loi lui en indique le moyen : « Qu'il charge sa fille de lui donner un fils, en disant : l'enfant mâle que tu mettras au monde deviendra le mien et devra accomplir en mon honneur la cérémonie funèbre. Le jour où la fille ainsi mariée mettra au monde un fils, l'aïeul maternel deviendra le père de cet enfant. Que cet enfant offre deux gâteaux funèbres, l'un à son propre père, l'autre à son aïeul maternel; il délivrera son grand-père dans l'autre monde, aussi bien que le fils d'un fils[1]. » Aussi « tout homme de sens, ajoute le législateur, doit-il se garder d'épouser une fille qui n'ait pas de frère, de crainte que le père ne lui accorde sa main dans l'intention d'adopter plus tard le fils auquel elle donnera le jour[2]. »

On voit que, aux yeux du législateur indien, toute la destinée, tout l'emploi de la femme ici-bas, se réduit à donner à l'homme des enfants et à perpétuer l'espèce humaine. Toutes les faveurs même que la loi lui accorde, elle n'en jouit qu'en devenant épouse et mère. C'est à cette condition seulement que le législateur lui attribue comme un semblant de patrimoine et de succession : en réalité, la femme ne peut jamais succéder, car elle ne peut offrir le sacrifice aux mânes de la famille, et « le gâteau funèbre, dit Manou, suit la famille et le patrimoine[3]. » Si donc un homme meurt ne laissant pour toute descendance qu'une fille, sa succession reste provisoirement vacante ; mais les parents doivent au plus tôt marier cette fille, et remettre tous les biens héréditaires entre les mains du mari, qui les garde

et un père. » D'après Vrihaspati et Smiriti (cités par W. Jones, *Institut. of Hindu law, append.*), cette institution serait aujourd'hui réprouvée, « car maintenant les hommes et les femmes sont adonnés au péché. » Toutefois, elle se pratique encore de nos jours dans certaines provinces. Colebrooke, *Digest of Hindu law*, Londres, 1801, vol. III, p. 276.

[1] Manou, IX, 127, 132, 136, 139.

[2] *Ibid.*, III, 11; Yâjnavalkya, I, 53. Cette forme d'adoption n'est plus usitée aujourd'hui. Colebrooke, *Digest of Hindu law*, vol. III, p. 493.

[3] *Ibid.*, IX. 142, cpr. 185, 192.

comme un dépôt jusqu'à la naissance du premier enfant mâle : à sa naissance, cet enfant acquiert la succession et devient le continuateur de la personne du défunt[1]. Si le défunt laisse des fils et des filles, « que les frères, dit la loi, donnent chacun le quart de leur portion à leurs sœurs non mariées, afin qu'elles puissent se marier[2]. » Mais c'est au mari de la sœur, et non pas à la sœur elle-même, que ces biens seront acquis ; et ils ne formeront point une *dot,* puisque aucune loi n'oblige le mari, ni à les conserver pendant le mariage, ni à les rendre à sa dissolution[3].

C'est ainsi que la loi de Manou réglait la condition de la femme. Trois mille ans se sont écoulés depuis, et, sauf quelques modifications de détail, c'est la même loi qui règne encore. Cependant depuis Manou, un grand réformateur a paru dans l'Inde ; on a vu un fils de roi échanger volontairement les splendeurs du trône contre la misère, les persécutions et l'exil, pour aller prêcher aux classes opprimées et souffrantes la charité, l'humilité, le dévouement, vertus inouïes jusqu'alors, et dont sa vie tout entière a offert un admirable exemple. Il semble que tant de sainteté et d'héroïsme n'aurait pas dû rester sans fruit pour l'humanité, et que la femme, comme le paria et l'esclave, aurait dû trouver son affranchissement dans la loi nouvelle du Bouddha. Il n'en fut rien, et les relations des voyageurs constatent que nulle part la femme n'est plus opprimée et plus avilie que parmi les trois cent millions d'hommes qui ont embrassé le bouddhisme. C'est que le génie du Bouddha ne sut point s'élever jusqu'au principe même de toute liberté, l'affirmation de l'individualité humaine et de la personnalité divine. Le panthéisme, qui fait le fond de la religion bouddhique aussi bien que de celle des brahmanes, a pour conséquence fatale, dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique, la négation du droit individuel, le despotisme absolu.

[1] Manou, IX, 130-132 ; Yâjnavalkya, II, 51.
[2] *Ibid.*, IX, 118.
[3] Le Yâjnavalkya (II, 147) semble avoir modifié sur ce point la loi de Manou.

III.

Tandis que, au fond de l'Asie, l'influence du panthéisme étouffait les plus généreuses aspirations, vers les confins de l'Europe au contraire, Moïse donnait pour fondement à ses lois la foi au Dieu personnel et libre qui a créé l'homme à son image. Ce principe, germe de toutes les libertés, devait produire des fruits, même sur le sol ingrat de l'Asie. La libre acceptation populaire est à la base des institutions mosaïques : « Regardez, je vous propose aujourd'hui la bénédiction et la malédiction ; la bénédiction si vous obéissez aux commandements de l'Éternel, votre Dieu ; la malédiction si vous n'obéissez pas aux commandements de l'Éternel. Je prends à témoin les cieux et la terre contre vous que j'ai mis aujourd'hui devant vous la vie et la mort, la bénédiction et la malédiction ; choisis donc la vie, afin que tu vives, toi et ta postérité [1]. » La constitution presque républicaine promulguée au pied du Sinaï n'étouffa point, sous la pression d'un pouvoir central, l'indépendance des tribus patriarcales [2]. Et quand plus tard, en Palestine, les Hébreux se soumirent au régime commun de l'Asie en se donnant un monarque absolu [3], ils trouvèrent encore dans leur foi religieuse un rempart et, selon l'expression biblique, une « haute retraite » contre les excès du despotisme oriental. La voix des prophètes se fit l'organe de la conscience publique, et leur protestation, que ne pouvait étouffer aucune police préventive [4], fut parfois assez puissante pour ébranler le trône

[1] Deutéronome, XI, 26 et suiv.; XXX, 15 et suiv.; Exode, XIX, 7.

[2] Chaque tribu pouvait faire la guerre séparément. Juges, IV, 10; XVIII et suiv.; I, Chroniques, IV, 41, 43.

[3] Liv. I, Samuel, VIII, 5-18 : « Les Hébreux dirent à Samuel : Établis sur nous un roi pour nous juger, comme en ont toutes les nations. » La réponse de Samuel montre ce qu'était alors le régime monarchique : « Voici comment vous traitera le roi qui réguera sur vous : il prendra vos fils et vos filles et en fera ses serviteurs et ses servantes; il prendra vos champs et vos vignes, vos serviteurs et vos troupeaux, et vous serez ses esclaves, » etc.

[4] On ne pouvait punir un prophète qu'après que l'événement avait démenti sa

d'un tyran. Car le seul monarque souverain que reconnût Israël, c'était Jéhovah; c'était lui qui commandait les armées, lui qui distribuait la justice par la voix de ses sacrificateurs[1]. Le roi sur son trône, comme tout enfant d'Israël à son foyer, n'était qu'un possesseur précaire; le seul propriétaire, le seul roi, c'était l'Éternel[2].

Ce caractère libéral et spiritualiste éclate dans la constitution de la famille comme dans celle de l'État. Ce n'est pas seulement avec les chefs de famille que « l'Éternel établit son alliance; » c'est avec les enfants, les femmes et les esclaves : « Comparaissez tous aujourd'hui devant l'Éternel votre Dieu, les chefs de vos tribus, vos anciens, vos officiers et tout homme d'Israël, et vos petits enfants, et vos femmes, et jusqu'à l'esclave qui coupe votre bois et qui puise votre eau, afin que vous entriez dans l'alliance que l'Éternel votre Dieu contracte en ce jour avec vous[3]. » Si l'organisation presque patriarcale des tribus israélites laisse encore aux pères de famille une puissance presque absolue, cette puissance s'empreint d'un caractère nouveau de tendresse et de douceur, sous l'influence d'une loi dont le premier précepte est : « Tu aimeras l'Éternel, ton Dieu, de tout ton cœur, de toute ton âme et de toutes tes forces[4]. » La sollicitude de la loi protège la femme jusque dans l'esclavage : « Si un homme, ayant pour concubine une esclave juive, épouse une autre femme, il ne retranchera rien de la nourriture de l'esclave ni des devoirs conjugaux qui lui sont dus[5]. » — « Si tu prends pour femme une captive étrangère, tu la mèneras d'abord en ta maison, et là elle prendra le deuil, et pleu-

prophétie. Deutéron., XVIII, 20-22. Cette loi fut rarement violée. Jérémie, XXVI, 7 et suiv.

[1] Deutéron., XXI, 5; Ézéchiel, XLIV, 24. Cpr. II, Chroniques, XIX, 6.

[2] Lévitique, XXV, 23 : « La terre ne sera point vendue absolument, car la terre est à moi, et vous êtes étrangers et habitants chez moi. » De là aussi l'expression : « Il s'assit sur le trône de l'Éternel. » I, Chroniques, XXIX, 23.

[3] Deutéron., XXIX, 10-12; Exode, XXII, 22-23; Psaume LXVIII, 6 : « Dieu est le père des orphelins et le juge des veuves. »

[4] Deutéron., VI, 5.

[5] Exode, XXI, 10-11.

rera durant un mois son père et sa mère, puis tu viendras vers elle, et tu seras son mari et elle sera ta femme. S'il arrive qu'elle ne te plaise plus, tu la renverras à sa volonté, et tu ne pourras la vendre pour de l'argent, parce que tu l'auras eue pour femme [1]. » Une fois veuve, la femme, quoique continuant à dépendre de la famille de son mari, semble acquérir une certaine indépendance : elle s'oblige valablement par son serment ou par son vœu sans aucune autorisation [2]. Enfin la mère exerce sur ses enfants une autorité presque égale à celle du père de famille : « Quand un homme aura un enfant pervers et rebelle, qui n'écoutera point la voix de son père ni la voix de sa mère, et qui, châtié par eux, ne leur obéira point, alors le père et la mère le prendront et le conduiront vers les anciens de la ville, et il leur diront : Voici notre fils, qui est pervers et rebelle, il n'obéit point à notre voix [3]. »

Jamais sans doute l'Orient n'avait ouï de si nobles et de si généreux préceptes; on croit y voir briller déjà, comme dans la parole prophétique d'un Amos ou d'un Isaïe, l'aurore des vérités chrétiennes. Toutefois, malgré ces sublimes aspirations, la législation hébraïque ne peut se dégager entièrement de l'influence orientale. En Palestine, comme dans le reste de l'Asie, la femme est considérée comme un être inférieur à l'homme par sa nature morale. « J'ai cherché la sagesse, dit Salomon, et j'ai trouvé que la femme, dont le cœur est comme un piège et dont les mains sont comme des lacets, est plus redoutable que la mort..... Voici ce que j'ai cherché partout, mais ce que je n'ai point trouvé: j'ai bien trouvé un homme entre mille, mais non pas une femme entre toutes [4]. » La femme israélite n'a pas été traitée moins sévèrement par le législateur que par le poète : son

[1] Deutéron., XXI, 11-14.

[2] Nombres, XXX, 10. Ce qui n'implique point une capacité absolue de s'obliger; car le fils de famille, lui aussi, peut faire un vœu ou un serment valable.

[3] Deutéron., XXI, 18-21.

[4] Ecclésiaste, VII, 26-28. — Les Esséniens, dit Josèphe (*De bello jud.*, liv. II, ch. VIII, n. 2), s'abstenaient du mariage, « persuadés que parmi les femmes il n'en est pas une de fidèle. » Cpr. Sapience, III, 13, 14; V, 1.

témoignage en justice est rejeté comme indigne de créance[1]; elle ne peut s'engager, même par son serment ou par son vœu, qu'avec l'autorisation de son père ou de son époux[2]; le premier devoir, l'unique mission de son sexe, c'est de donner le plus d'enfants possible à la famille et à l'État. Dieu avait dit aux premiers hommes : Croissez et multipliez; il avait promis à Abraham que sa postérité serait plus nombreuse que le sable de la mer; en établissant les institutions les plus favorables à la propagation de leur race, les Hébreux croyaient donc se conformer à la volonté divine. D'ailleurs, entourés d'ennemis puissants, ils sentaient le besoin de devenir plus nombreux pour devenir plus forts[3]. Les moyens par lesquels chaque famille pouvait se procurer une postérité, ne nous sont pas inconnus : ils diffèrent peu de ceux que nous avons déjà rencontrés dans les lois de l'Inde.

C'est d'abord le mariage; et pour que les unions soient plus fécondes, la loi mosaïque facilite la répudiation et autorise la polygamie. La liberté de répudiation n'a pas d'autre entrave que l'obligation pour le mari de dresser *la lettre de divorce*[4]. Quant à la polygamie, elle est plus largement permise en Judée que dans toute l'Asie orientale : non-seulement l'homme marié peut prendre des concubines, mais il peut avoir en même temps plusieurs femmes légitimes[5]; au lieu que les lois de l'Inde et de la Chine permettent bien des concubines, mais n'autorisent qu'une seule épouse[6].

[1] Josèphe, *Antiq. jud.*, liv. IV, ch. VIII, n. 15 : « Γυναικῶν δὲ μὴ ἔστω μαρτυρία, διὰ κουφότητα καὶ θράσος τοῦ γένους αὐτῶν. »

[2] Le fils, au contraire, s'oblige par vœu ou par serment sans l'autorisation de son père. Nombres, XXX.

[3] Malachie, II, 15. Tacite (*Hist.*, V, 5) caractérise les Hébreux par ces quatre mots : « Generandi amor, moriendi contemptus. »

[4] Deutéron., XXIV, 1 et suiv.

[5] Exode, XXI, 7; Deutéron., XXI, 15-17. Le nombre des femmes n'étant pas limité par Moïse, la jurisprudence des rabbins l'a fixé à quatre, d'après l'exemple du patriarche Jacob (Genèse, XXXII, 22). Maimonides, *Hilchoth Ischoth*, XIV, 4. Le même nombre est fixé par le Koran, Sura IV, 3.

[6] Ta-tsing-leu-lee, 103 (trad. Sainte-Croix, t. I, p. 186); Thomas Strange, *Elements of Hindu law*, t. I, p. 451.

C'est au roi seulement que Moïse défend d'avoir un grand nombre de femmes[1], et l'exemple du plus pieux des rois d'Israël montre assez combien cette défense fut mal observée[2].

Le mariage, même avec la polygamie et la facilité du divorce, pouvait être insuffisant pour donner des héritiers à la famille : l'union pouvait rester inféconde par la faute du mari. En ce cas, la loi de l'Inde substituait, comme nous l'avons vu, au mari impuissant, son frère ou son parent le plus proche. La loi hébraïque n'allait pas jusque-là ; l'horreur des Hébreux pour l'adultère[3] n'eût pu souffrir cette sorte de partage des droits conjugaux. Mais si le mari ne pouvait de son vivant céder à son frère ses droits sur sa femme, il les lui transmettait à sa mort : la veuve passait, avec l'héritage, au pouvoir du frère, qui devait, en l'épousant à son tour, donner au défunt une postérité. Cette institution que l'on a appelée *lévirat,* se rattache à l'organisation patriarcale de la famille : on la retrouve dans la plus haute antiquité, comme chez les modernes tribus du désert[4]. La femme, ayant été achetée avec les biens du mari, faisait partie de son patrimoine et après lui de son héritage; l'héritier du mari pouvait donc disposer de la veuve; il pouvait, lui aussi, exiger d'elle des enfants; car c'est pour donner des enfants à la famille qu'elle avait été achetée. Le lévirat était un droit pour l'héritier, c'était aussi pour lui un devoir : un devoir vis-à-vis de la veuve, dont il devenait, comme représentant du mari, le protecteur légal; un devoir vis-à-vis du défunt, auquel il devait procurer une postérité, « afin que son nom ne fût point effacé du livre d'Israël[5]. » S'il manquait à ce devoir et refusait d'épouser la veuve, il était déshonoré à la face du peuple et déchu de tous ses droits

[1] Deutéron., XVII, 17.

[2] David prit un grand nombre de femmes, outre toutes celles que lui avait laissées en héritage son prédécesseur Saül. Liv. I, Samuel, XVIII, 27; II, Samuel, II, 2; III, 2-6; V, 13-16; XII, 8; XV, 16.

[3] La femme adultère et son complice étaient punis de mort.

[4] Genèse, XXXVIII; Lafitau, *Mœurs des sauvages,* t. I, p. 557.

[5] Deutéron., XXV, 6.

d'héritier : l'héritage et la main de la veuve étaient dévolus à un parent plus éloigné [1]. Ainsi cette institution, bien qu'établie dans l'intérêt de la famille, tournait au profit de la femme et, selon la remarque de Michaëlis, conciliait d'une façon ingénieuse le penchant naturel de la jeune veuve vers un second mariage et son devoir de fidélité envers la mémoire du défunt.

Enfin, si le défunt ne laissait qu'une fille, c'est à elle qu'incombait le devoir de donner à son père une postérité qui empêchât son nom de périr. Aussi en était-il de la fille unique du défunt à peu près comme de sa veuve. Elle faisait, en quelque sorte, partie de la succession. Nul ne pouvait recueillir l'héritage sans épouser l'orpheline, et inscrire sous le nom du défunt, dans les registres généalogiques, le premier enfant mâle qu'elle lui donnait. De même, l'orpheline ne pouvait offrir sa main et l'héritage qui y était attaché, à une personne étrangère à la famille du défunt. Si le père, en mourant, laissait des fils et des filles, les fils recueillaient seuls la succession, mais à la charge, comme sous la loi de l'Inde, de nourrir les filles et de les pourvoir [2].

Telle est, dans ses traits principaux, la condition de la femme d'après la loi de Moïse. Mais cette loi n'a pu, comme celle de l'Inde, se soustraire à l'influence européenne. Établie aux portes de l'Europe, plus tard dispersée dans l'Europe entière, la race juive, malgré son attachement obstiné aux coutumes et à la foi de ses ancêtres, n'a pu résister au courant de la civilisation chrétienne, et le Talmud nous offre un mélange hétérogène de coutumes orientales plus ou moins défigurées et d'institutions empruntées à l'Occident. Nous y retrouvons d'abord la polygamie [3], restreinte toutefois par la défense, prononcée depuis le retour de la capti-

[1] Deutéronome, XXV, 7-10; Ruth, IV.

[2] Nombres, XXVII, XXXVI. Cpr. Michaëlis, *Mosaïsches Recht.*, Francfort, 1770-75, t. II, § 78; S. Mayer, *die Rechte der Israeliten*, etc., Leipsick, 1862-66, t. II, § 255 A.

[3] Maimonides, *Hilchoth Ischoth*, XIV, 4. On voit, jusqu'au XIIIe siècle, des juifs d'Europe prendre plusieurs femmes. Mayer, *die Rechte der Israeliten*, t. II, § 223.

vité, de prendre pour femmes des étrangères[1]. Le mariage se célèbre encore sous la forme d'une vente, mais le prix est devenu fictif, comme dans la *coemptio* romaine[2]. Le mari a conservé le droit de répudier son épouse, mais la jurisprudence cherche à restreindre cette faculté : déjà avant Jésus, Samaï avait soutenu qu'on ne pouvait répudier sa sa femme que pour cause d'adultère[3]. Le lévirat subsiste encore en principe, mais tombe peu à peu en désuétude, et la renonciation à ce droit par tous les parents de la fiancée devient une clause de style dans tous les contrats de mariage[4]. Enfin, sous les ruines de ces institutions orientales, l'on voit surgir des institutions toutes nouvelles que l'Orient n'avait point connues : la femme a une dot comme dans le droit romain; elle reçoit une *donatio propter nuptias* comme dans le droit byzantin, et le mariage où l'on n'a pas pris soin d'assurer ainsi l'indépendance et la dignité de l'épouse n'est plus qu'un concubinat[5].

On voit à ces quelques traits combien la loi du Talmud est en progrès sur la loi du Pentateuque. Cette différence a été souvent méconnue, et, dans un zèle plus pieux qu'éclairé, on a voulu faire honneur au législateur inspiré de toutes les améliorations que les rabbins avaient plus tard apportées à son œuvre. Pour moi, j'ai cherché à montrer la loi de Moïse telle qu'elle est, et sans voiler ses taches : le vrai ne saurait être l'ennemi du vrai, et la vérité religieuse ne peut rien avoir à redouter de la vérité historique. Si les lois de Moïse sont imparfaites, c'est pour être mieux appropriées à un peuple et à un siècle grossiers; et si des principes plus nobles et plus purs guident aujourd'hui le législateur, n'oublions pas que celui qui a révélé ces principes au monde est

[1] Néhémie, X, 30. Moïse n'avait interdit le mariage qu'avec les Cananéennes. Exode, XXXIV, 16.

[2] Mischna, *Kiduschin*, I, 1.

[3] Mischna, *Gittin*, 90 *b*. Cpr. Malachie, II, 14, 15. De plus, la femme a obtenu le droit de demander elle-même le divorce en cas d'adultère du mari. Maimonides, *Hilchoth Ischoth*, I, 4.

[4] *Ibid.*, *Bechoroth*, 13 *a*; Mayer, *Rechte d. Israel*, t. II, § 254, note 11.

[5] *Ibid.*, *Ketuboth*, 5.

ce même Messie que Moïse et les prophètes annonçaient aux Hébreux.

---

* Depuis 1867, la connaissance du droit Hindou a fait en Europe de notables progrès. Comme sources originales, M. Gide ne pouvait consulter que les lois de Manou, traduites en français par Loiseleur de Longchamps, le Code de Yâjnavalkyia traduit en allemand par Stenzler, et le Digeste de Jagannâtha traduit en anglais par Colebrooke. Depuis lors, les Institutes de Apastamba, Gautama, Vâsistha, Baudhâyana[1], celles de Vichnou[2] et de Nârada[3] ont été traduites du sanscrit en anglais; et nous possédons ainsi « une série de livres brahmaniques où l'on suit le développement de la science du droit pendant une période de deux mille ans environ et dont l'ère chrétienne serait le point central[4]. » Aussi, dans ces dernières années, des études importantes sur le droit Hindou ont été publiées, plus précises que celles qu'on avait pu esquisser jusque-là; quelques-unes même sont dues à des auteurs qui ont pu directement consulter les textes sanscrits.

Parmi les études d'ensemble, nous signalerons les suivantes : R. Dareste, *Les anciens Codes brahmaniques*[5]; — J. Jolly, *Ueber die Systematik des indischen Rechts*[6]; *Die juristichen Abschnitte aus dem Gesetzbuch des Manu*[7]; — parmi les travaux consacrés aux droits de famille en général ou spécialement aux droits des femmes : Hearn, *The Aryan Household, its structure aud developpement, an introduction*

[1] *The sacred laws of the Aryas, as taught in the schools of Apastamba, Gautama, Vâsistha aud Baudhâyana, translated by Georg Bühler,* dans la collection des *Sacred books of the East,* tomes II et XIV. Oxford, 1879-1882.

[2] *The institutes of Vishnu, translated by Julius Jolly,* dans les *Sacred books of the East,* tome VII. Oxford, 1880.

[3] *The institutes of Nârada, translated for the first time from the unpublished sanskrit original by Dr Julius Jolly.* London, 1876.

[4] R. Dareste : *Les anciens Codes brahmaniques,* p. 2.

[5] *Journal des Savants,* janvier-février 1884.

[6] *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* tome I, p. 234.

[7] *Ibid.*, tomes III et IV.

to comparative jurisprudence, 1879; — Banerjee, *The law of marriage aud stridhan, Calcutta,* 1879; — Jolly, *Rechtliche Stellung der Frauen bei den alten Indern*[1]; — du même : *On the legal position of women in ancient India*[2]; — Kohler, *Indische Ehe-und-Familienrecht*[3]. M. Kohler cite et combat sur certains points le livre de M. Gide. Il reproche à celui-ci d'avoir exagéré l'influence du panthéisme sur le droit Hindou, et de n'avoir pas dans son exposition distingué suffisamment les diverses époques. M. Kohler soutient que de bonne heure dans l'Inde la femme, même mariée, a été reconnue capable de s'obliger et d'ester en justice[4], et que, dans le mariage, un patrimoine distinct et propre s'est peu à peu constitué pour l'épouse par des procédés analogues à ceux qui dégagèrent au profit du *filiusfamilias* romain les pécules et les biens adventices; seulement le droit de disposer de ces biens est souvent paralysé aux mains de la femme par un droit concurrent du mari.

Parmi les antiques législations de l'Orient qu'il étudie, M. Gide ne fait pas figurer celle de l'Égypte. Ici encore, nous trouvons un domaine nouveau récemment ouvert à la science. La publication et la traduction des papyrus grecs et démotiques ont fourni d'abondants renseignements sur le commerce juridique dans l'ancienne Égypte, et le droit égyptien se dégage peu à peu quoique plein encore d'obscurités[5]. On peut consulter, outre les importantes études pu-

[1] *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie, phil.-histor. Klasse,* 1876.

[2] *Journal of national indian Association,* 1876, p. 359.

[3] *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* tome III.

[4] *Op. cit.,* p. 391. Il cite dans ce sens : Kâtyâyana dans le Digeste de Jagannâtha, I, 1, n° 211, et Yâjnavalkya, II, 49. Le texte invoqué de Yânavalkya n'est pas tout à fait clair; le voici, dans la traduction Stenzler, p. 53 : « Eine *von dem manne* anerkannte schuld ist von der Frau zu bezahlen, oder eine welche von ihr mit dem Manne gemacht ist, oder eine welche von ihr selbst gemacht ist. Eine andere braucht die Frau nicht zu bezahlen. » Bien que les mots « *von dem manne* » soient suppléés par le traducteur, il semble bien résulter du passage que le consentement du mari seul rend valable l'obligation contractée par la femme.

[5] M. Révillout a déjà professé à l'École du Louvre un cours de droit égyptien, dont une leçon sur l'hérédité a été publiée dans la *Revue internationale de l'enseignement supérieur,* 1883, p. 848.

bliées par M. Révillout dans la *Revue égyptienne*[1] : R. Dareste, *Les papyrus gréco-égyptiens*[2] ; — Giraud-Teulon, *Les origines du mariage et de la famille*, chapitre XI. En Égypte, le vieux *droit de la mère* semble avoir laissé des traces profondes ; on y trouve, en effet, dans le régime tout conventionnel qui régit le mariage quant aux personnes et quant aux biens, « la liberté absolue de la femme ou plutôt sa domination dans le ménage, domination que les Grecs avaient peine à concevoir et qui les frappait d'étonnement[3]. »

A. E.

[1] Publiée depuis 1880 par MM. Brugsch, Chabas et Révillout.
[2] *Journal des Savants*, mars 1883.
[3] Dareste, *op. cit.* (tirage à part, p. 2).

CHAPITRE III.

GRÈCE.

I.

Voisine de l'Asie, la Grèce s'y rattache encore par plus d'une idée commune, et ce sont ces analogies que je veux signaler tout d'abord. Dans les républiques grecques, plus encore peut-être que sous le despotisme oriental, l'État a absorbé la famille, le droit public a absorbé le droit privé. Le principe communiste, professé par Platon et presque réalisé par Lycurgue, reparaît plus ou moins voilé au fond de toutes les constitutions helléniques. Nulle part le droit individuel n'y est nettement affirmé, comme à Rome ou dans l'Europe moderne. Les mots de *propriété,* de *dominium,* n'ont pas d'équivalent dans la langue grecque; l'action en revendication n'a rien qui lui corresponde dans la procédure attique[1]. Tandis que la cité grecque nourrissait à ses frais tous les citoyens pauvres, les riches consacraient aux dépenses publiques le superflu de leurs richesses[2]. Un habitant d'Athènes souffrait-il un dommage dans sa personne ou dans ses biens, chacun pouvait agir en justice pour réparer l'injure : « Tous les citoyens, disait Solon, sont membres d'un même corps, et quand l'un d'eux est lésé, tous doivent se sentir atteints[3]. » Un père de famille, par la faiblesse de sa

[1] L'ἐξαγωγῆς δίκη, qui suppléait à la revendication, supposait, du moins comme fiction, une usurpation violente, c'est-à-dire une sorte d'atteinte à l'ordre public.

[2] Harpocration, Suidas, voc., Ἀδύνατον; Aristote, *Politique,* liv. V, ch. IV (V), n. 3.

[3] Plutarque, *Solon,* XVIII, 6 : « Καὶ γάρ πληγέντος ἑτέρου καὶ βλαβέντος καὶ

raison ou de son âge, devenait-il incapable d'administrer son bien, tout homme pouvait aller trouver le juge et provoquer l'interdiction de l'incapable [1]. Chaque famille, comme chaque patrimoine, était soumise à cette surveillance active de tous sur chacun : tout particulier devait compte à l'État, non-seulement de l'administration de ses biens, mais du gouvernement de sa maison. « Au temps de vos ancêtres, disait Démosthène aux Athéniens, les fils et les filles n'appartenaient pas seulement à leurs pères et à leurs mères, mais, avant tout, à la patrie [2]. » Si donc le chef de famille, abusant de ses pouvoirs, maltraitait son fils, sa fille, sa femme, son pupille, tout citoyen pouvait se porter leur défenseur et faire entendre leur plainte devant la justice criminelle [3]. L'autorité publique elle-même les prenait sous sa garde : Solon avait placé les femmes et les mineurs sous la protection spéciale de l'archonte. Dans les lois de Solon, en effet, l'organisation domestique se liait étroitement à l'organisation politique; la cité, telle qu'il l'avait divisée, n'était qu'une agglomération de familles groupées par *phratries* et par tribus; la conservation de chaque famille intéressait ainsi le corps social tout entier, et, pour mieux l'assurer, la démocratique Athènes s'était assujettie à des institutions qu'on dirait empruntées aux codes de Moïse et de Manou [4].

Voilà pour les ressemblances entre la Grèce et l'Orient; voici maintenant les différences et le contraste. Sans doute, l'État en Grèce est presque omnipotent, comme il l'était en Asie; mais l'État, ce n'est plus un despote absolu, c'est le peuple souverain. En lui résident tous les pouvoirs : le seul

βιασθέντος, ἐξῆν τῷ δυναμένῳ καὶ βουλομένῳ γράφεσθαι τὸν ἀδικοῦντα, καὶ διώκειν · ὀρθῶς ἐθίζοντος τοῦ νομοθέτου τοὺς πολίτας ὥσπερ ἑνὸς μέρους συναισθάνεσθαι καὶ συναλγεῖν ἀλλήλοις. »

[1] Παρανοίας γράφη. Platon, *Leg.*, XI (éd. Didot, t. II, p. 473, lin. 24); Lexica Seguier (*ap.* Bekker, *Anecdota*, Berlin, 1821, t. I, p. 199, lin. 10; p. 310, lin. 3).

[2] Démosthène, *Coron.*, 205; Aristote, *Polit.*, VIII, 1 : « Ἅμα δὲ οὐδὲ χρὴ νομίζειν αὐτὸν αὑτοῦ τινὰ εἶναι τῶν πολιτῶν, ἀλλὰ πάντας τῆς πόλεως · μόριον γὰρ ἕκαστος τῆς πόλεως · ἡ δ' ἐπιμέλεια πέφυκεν ἑκάστου μορίου βλέπειν πρὸς τὴν τοῦ ὅλου ἐπιμέλειαν. »

[3] Κακώσεως δίκη. Démosthène, c. *Macartat.*, 54.

[4] Voy, *infrà*, p. 75 et suiv.

législateur, le seul tribunal suprême, c'est l'assemblée populaire. La justice n'est plus le monopole d'un collège sacré de lévites ou de brahmanes; c'est à la multitude, c'est à un jury nombreux, pris indistinctement et par la voie du sort dans toutes les classes de la société, qu'appartenaient, dans la démocratie athénienne, tous les jugements, tant civils que criminels[1]. Devant un tel tribunal, l'éloquence était plus forte que les raisonnements, et l'équité l'emportait sur la loi; aussi n'est-ce pas avec des arguments juridiques qu'un Démosthène ou un Lysias cherchait à gagner les suffrages de la foule : il faisait appel à ses passions, il tendait vers elle la baguette des suppliants, il l'intéressait aux vertus de son client ou à ses malheurs[2]. La jurisprudence n'était plus enchaînée, comme en Orient, à une religion immuable; elle n'était point entravée, comme à Rome, dans les liens d'un formalisme conservateur; libre et toujours mobile, elle n'était que l'expression vivante des mœurs, des sentiments, des émotions du peuple, et d'un peuple avide, plus que tout autre au monde, de progrès et de nouveautés. Aussi, le mot *droit* chez ce peuple, n'exprime-t-il point, comme chez les Romains, une idée de joug et de contrainte[3]; il est synonyme d'usage, de convenance, d'équité[4]. L'Équité, que la poésie grecque nous représente assise auprès du trône de Jupiter son père et pesant dans sa balance les actions des hommes et des dieux[5], est descendue, dit Platon[6], au milieu des

[1] Du moins depuis Périclès. Grote, *History of Greece,* vol. V, part. II, ch. XLVI.

[2] Lysias, *c. Alcibiad.*, I, 16 et suiv.; *c. Nicomach.*, 31 et suiv; Démosth. *c. Onetor.*, I, 32; Aristophane, *Plutus,* v. 383. C'est ainsi encore que Isée (*de Ciron. hered.*, 44-46) et Démosthène (*c. Olympiod.*, 53 et suiv.), plaidant sur des questions d'hérédité, prennent soin de prouver par enquête que leur adversaire est un débauché et un adultère.

[3] *Jus,* ζυγόν, *jugum.* * Pour l'étymologie vraie du mot *jus,* voy. Michel Bréal, sur l'origine des mots désignant le droit ou la loi en latin. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VII p. 603.

[4] Δίκη a, dans la langue d'Homère, le sens d'usage (Odyssée, IV, v. 691 ; XIV, v. 59; XVIII, v. 275; XXIV, v. 255), en même temps que celui d'équité. Hésiode, *Opera,* v. 275 et suiv.

[5] Théogonie attribuée à Hésiode, v. 902.

[6] « Ἠδίκουν ἀλλήλους ἅτ' οὐκ ἔχοντες τὴν πολιτικὴν τέχνην. . . . . Ζεὺς οὖν

hommes, et, les unissant par des devoirs mutuels, gages de concorde et d'affection, a fondé les lois et les cités.

Issue de ces idées larges et fécondes, la loi grecque, dans son libre développement, présente ce caractère d'heureuse et sereine harmonie qui resplendit dans toutes les productions du génie hellénique. Partout, dans la loi grecque, la notion du devoir domine celle du droit; partout les droits et les privilèges sont pour le plus faible, les devoirs et les charges pour le plus fort. Jamais, du moins depuis Solon, Athènes n'a connu ce despotisme domestique qui pesa sur la famille romaine : au lieu de la *patria potestas*, la loi attique établit entre le père et le fils un équilibre de devoirs réciproques fondés sur l'affection mutuelle, et en vertu desquels le plus fort doit toujours subvenir au plus faible, tantôt le père à son fils en bas âge[1], tantôt le fils à ses parents devenus vieux[2]; et si le père n'a pas pourvu à l'éducation de ses fils dans leur enfance, il ne peut rien réclamer d'eux dans ses vieux jours[3]. Plus libéraux, non-seulement que les Romains, mais que plus d'un peuple moderne, les Athéniens n'ont jamais souffert, en dehors des exigences du commerce, qu'un créancier pût faire emprisonner le débiteur insolvable[4]. Enfin, dans tous les actes de la vie civile, la volonté des parties, enchaînée, à Rome comme en Orient, dans les liens d'un formalisme à la fois subtil et grossier, est ici dégagée de toute entrave : dans les contrats comme dans les actes de dernière volonté, dans l'adoption comme

δείσας..... πέμπει εἰς ἀνθρώπους αἰδῶ τε καὶ δίκην, ἵν' εἶεν πόλεων κόσμοι τε καὶ δεσμοὶ, φιλίας συναγωγοί. » Platon, *Protagoras*, 13 (édit. Didot, t. I, p. 242).

[1] Les pouvoirs des parents diminuent à mesure que le fils avance en âge, et disparaissent dès qu'il est devenu majeur. Denys d'Halic., II, 26.

[2] Eschine, *c. Timarch.*, 28. — Si le père, affaibli par l'âge, tombe en enfance, il sera placé par l'archonte sous la tutelle de son propre fils. Xénophon, *Apomnem. Socr.*, liv. I, ch. II, n. 49.

[3] Vitruve, *Præfat.*, 6 : « Athenienses ideo oportet laudari, quod omnium Græcorum leges cogunt parentes ali a liberis, Atheniensium non omnes nisi eos qui liberos artibus erudissent. »

[4] Démosth., *c. Midi.*, 176-179. La contrainte par corps n'avait lieu que pour dettes de commerce ou envers l'État. *Id.*, *c. Apatur.*, 1; *c. Androt.*, 56. * Comparez sur ce point Kohler : *Shakespeare vor dem Forum der jurisprudenz*, 1883, p. 12, 13.

dans le mariage[1], le législateur grec s'attache, non pas à l'acte matériel et aux formes extérieures, mais à l'intention des parties; la vraie source des obligations et des droits, c'est, à ses yeux, la libre volonté de l'homme[2]. Tel est le caractère de la loi grecque, loi généreuse, élevée, idéaliste, digne du peuple qui a produit avec Socrate la plus noble philosophie qui ait jamais été annoncée aux hommes. Ce pur spiritualisme, auquel le droit romain et les lois modernes n'ont pu parvenir qu'après de longs siècles d'efforts, la race hellénique s'y est élevée tout d'abord et comme par un seul élan de son génie. En législation comme dans tous les domaines de la science et de l'art, ce sont les Grecs qui ont émancipé l'esprit humain et frayé les voies du progrès.

Tel est en résumé le double caractère que présente la cité grecque. L'État y est à la fois aussi envahissant qu'aucun despote oriental, aussi libéral qu'aucune démocratie moderne. Nous avons maintenant à rechercher comment ces deux caractères opposés du droit public ont influé, dans des sens divers, sur la condition privée de la femme.

Dans une société où l'État a tout envahi et absorbé, où la famille et les intérêts privés comptent pour peu de chose l'influence et l'activité de la femme se trouvent par là même annulées ou amoindries. Qu'a-t-elle à faire en dehors de la vie privée? quel service peut-elle rendre à l'État? Qu'elle lui donne des enfants et son rôle est rempli. Tel est, nous l'avons vu, le sort de la femme en Orient, Les mêmes causes, en Grèce, ont produit les mêmes effets.

Dans ces petites cités grecques, où toutes les affaires publiques et privées se débattaient devant le peuple assemblé, le citoyen passait sa vie sur la place publique. Tour à tour

[1] Le mariage était accompagné, dans l'usage, de cérémonies religieuses fort analogues à celles de l'Inde et de Rome (Rossbach, *Die rœm. Ehe,* nos 223 et suiv.); mais ces solennités n'étaient point nécessaires à la validité du mariage comme dans l'ancienne Rome ou dans l'Inde : les rapports civils et les rapports religieux étaient séparés.

[2] Platon, *Criton,* 14; Démosth., *c. Stephan.,* II, 14; et *infrà,* p. 93.

juge, avocat, accusateur public [1], législateur, administrateur et soldat, il abandonnait aux esclaves le soin de l'agriculture comme les arts mécaniques [2], et ne faisait trêve aux affaires publiques que pour les jeux, les lectures, les spectacles publics. Les repas mêmes se faisaient en commun dans bien des villes de la Grèce [3], et le père de famille ne rentrait dans sa maison, toujours petite et modeste, fût-ce celle d'un stratége ou d'un archonte [4], que pour y goûter le repos de la nuit.

Si l'homme vivait toujours hors de sa maison, la femme, au contraire, ne pouvait en sortir. Pour elle, point de spectacles, point de lectures, point de repas publics; elle ne pouvait pas même être admise au repas de famille si quelque ami venait y prendre place [5]. Tristement reléguée dans son gynécée où les plus proches parents avaient seuls le droit de pénétrer, elle ne pouvait se laisser voir au dehors que dans des cas rares et déterminés par les lois [6]. Ainsi tout commerce entre les deux sexes se trouvait rompu, toute vie domestique supprimée, et le mariage, désormais sans attrait, n'était plus, aux yeux des Grecs, qu'un devoir odieux qu'imposait à tout citoyen l'intérêt de l'État. « Nous ne sommes pas naturellement portés au mariage, dit Platon dans le *Banquet;* il faut les lois pour nous y contraindre [7]. » Aussi la loi pénale, dès le temps de Solon, avait-elle frappé

[1] Les Grecs n'avaient ni barreau ni ministère public; chacun devait plaider sa cause et pouvait poursuivre un délinquant au nom de l'État. Voy. *infrà,* p. 100.

[2] Xénophon, *Économ.,* IV, 2; Aristote, *Polit.,* liv. II, ch. IV (VII), n. 13; liv. III, ch. III (V).

[3] Les συσσιτία, ou repas en commun, étaient en usage, non-seulement à Sparte, comme on sait, mais encore à Mégare, à Corinthe (jusqu'à Périandre), en Carie, en Crète, dans la grande Grèce, etc. Aristote, *Polit.,* liv. V, ch. IX, n. 2; Hérodote, I, 146; Platon, *Leg.,* I; Diodore, V, 9; Athénée, IV, 22.

[4] Démosth., *Olynth.,* III, 26.

[5] Isée, *De Pyrrhi her.,* 14; Aristophane, *Thesmophor.,* v. 790 et suiv. Cpr. Van Stegeren, *De conditione domestica feminarum Atheniensium,* Zwoll, 1839.

[6] Plutarque, *Solon,* 21; Lysias, *De cæde Eratosth.,* 8 et *passim.*

[7] Ch. XVI (éd. Didot, t. I, p. 673, lin. 15). Cpr. Antipater, *ap. Stobæ, Sermon.,* LXVII, 25 : « Νομίζουσι τὴν πρὸς τῆς γυναικὸς εἴσοδον οἱονεί τινος φρουρᾶς εἰς πόλιν εἰσαγωγήν. »

les célibataires et ouvert une action publique contre eux [1].

Combien les contemporains de Solon s'étaient éloignés, en quelques siècles, de ces mœurs simples et pures dont les poëmes homériques nous présentent un si vivant tableau! Jamais la femme n'a été plus vénérée, le mariage plus en honneur que parmi les héros chantés par Homère : « Il n'est pas d'homme honnête et sensé, dit Achille, qui ne chérisse et n'honore sa femme. » — « Nul bien ici-bas, dit l'époux de Pénélope, n'est aussi précieux que l'union conjugale où règnent la concorde et un mutuel amour. » Arété, l'épouse d'Alcinoüs, partage les honneurs de son mari et presque sa puissance : « Quand elle sort dans la ville, tout le peuple la salue; les hommes l'honorent comme une déesse et lui soumettent leurs différends [2]. » Telles étaient les mœurs patriarcales, non-seulement dans la Grèce héroïque, mais dans toutes les sociétés primitives dont l'histoire ou la poésie nous ont conservé le souvenir. Mais quand la vie patriarcale eut fait place à la vie démocratique des cités, que l'homme eut délaissé son foyer pour la place publique, la femme tomba dans un abaissement que le temps devait rendre chaque jour plus profond. Tandis que l'homme développait toutes ses facultés dans le mouvement de la vie publique, la femme, dans l'isolement et le silence du gynécée, restait vouée toute sa vie à l'inertie et à l'ignorance. Dès son enfance, le jeune Athénien recevait une éducation libérale; devenu homme, il pouvait partager ses journées entre les délibérations de l'*agora*, les lectures et les représentations du théâtre, les discussions philosophiques du Pécile, et entretenir un commerce incessant avec les plus beaux génies qui aient honoré l'antiquité. Quant à la femme, ce qu'on lui enseignait dès son enfance, c'était « à ne parler, n'entendre et ne voir que le moins possible [3]; » pour elle, « la vertu se

[1] Γραφὴ ἀγαμίου. Plutarque, *De amore prolis*, 2; Strabon, liv. X, ch. IV, n. 20; Pollux, *Onomast.*, III, 48; VIII, 40. Ce point est cependant contesté. Cpr. Ossann, *De cœlibum apud veteres populos conditione*, comm. I, II, Gissæ, 1827-1840.

[2] Iliade, IX, v. 341; Odyssée, VI, v. 182-185; VII, v. 69-74.

[3] Xénophon, *Économ.*, III, 13; VII, 5, 14.

réduisait à garder la maison, s'occuper du ménage, obéir à ses parents ou à son mari[1]. » Il suffisait à la jeune fille, pour toute science, de savoir chanter et danser, afin de pouvoir figurer dans les chœurs, le jour où une fête religieuse la ferait pour la première fois sortir du gynécée[2]. Ainsi tous les progrès de la civilisation, loin d'être favorables à la femme, ne faisaient en quelque sorte que tourner contre elle : plus les lumières augmentaient autour d'elle, plus ses ténèbres devenaient profondes; plus l'homme s'élevait au-dessus d'elle, plus elle semblait déchoir.

Il était cependant une classe de femmes qui, libres de toute contrainte domestique, pouvait se mêler aux hommes et prendre part à leurs travaux comme à leurs divertissements : c'étaient les courtisanes. Les anciens nous les montrent s'appliquant avec ardeur aux plus hautes études et égalant les hommes par la vivacité de leur esprit comme par l'étendue de leurs connaissances[3]. Leur société offrait aux Grecs ces jouissances intellectuelles dont ils étaient si avides et qu'ils ne pouvaient trouver auprès de leurs femmes ou de leurs sœurs. Aussi la courtisane athénienne sut-elle s'approprier tout entière cette influence que la femme exerce toujours chez un peuple intelligent et libre. C'est la courtisane qui remplit, dans l'histoire d'Athènes, le rôle qui, dans les annales du peuple romain, est réservé à la chaste matrone. Les Léénas et les Thargilies y tiennent la place des Cornélies et des Lucrèces; et l'on voit le plus vertueux des Grecs admettre une Aspasie à ses entretiens philosophiques, tandis qu'il en écarte sa femme qui ne peut pas même obtenir par ses larmes d'assister à ses derniers moments.

Ce n'est pas seulement la société des courtisanes qui suppléait, chez les Grecs, à ces jouissances du foyer domestique qu'ils ignorèrent toujours. Un amour sans nom, ou plutôt

[1] Platon, *Ménon*, 3 : « Γυναικὸς ἀρετὴν οὐ χαλεπὸν διελθεῖν, ὅτι δεῖ αὐτὴν οἰκίαν εὖ οἰκεῖν, σώζουσαν τε τὰ ἔνδον καὶ κατήκοον οὖσαν τοῦ ἀνδρός. »

[2] Aristophane, *Lysistrata*, v. 641 et suiv.

[3] Athénée, XIII, 46 : « Παιδείας ἀντεχόμεναι καὶ τοῖς μαθήμασι χρόνον ἀπομερίζουσαι. »

un vice infâme, était honoré dans toute la Grèce comme une vertu. On en peut voir la preuve dans tous les philosophes grecs, depuis Solon jusqu'à Plutarque[1] : il me répugne de citer les textes et de m'arrêter sur un sujet si odieux. Il faut le dire à la honte de la Grèce : sa corruption était telle que les Romains, tout dégénérés qu'ils étaient eux-mêmes, en eurent horreur[2]; jamais, même au plus bas degré de leur décadence, ils n'arrivèrent à méconnaître à ce point les sentiments de la nature; s'ils s'abandonnèrent, eux aussi, au plus honteux des vices, du moins ce ne fut pas avec l'assentiment et les louanges de leurs philosophes et de leurs législateurs.

Faut-il s'étonner après cela si, aux plus beaux jours de la civilisation antique, chez le plus poli, le plus doux et le plus libéral de tous les peuples, la femme était descendue, comme en Orient, à un degré d'infériorité qui la rapprochait de l'enfant et de l'esclave? Il y a, disait Aristote, trois classes de personnes qui ne peuvent agir par elles-mêmes et qui ont besoin qu'on les gouverne : ce sont l'esclave, l'enfant et la femme; et il en donnait la raison suivante : « L'esclave n'a pas de volonté; l'enfant en a une, mais incomplète; la femme en a une, mais impuissante[3]. » Ainsi les Grecs considéraient la femme comme privée de capacité juridique par la faiblesse même de sa nature. Soumise durant toute sa vie à la puissance d'un tuteur qui agissait pour elle, elle était réduite à un état purement passif. L'acte même qui l'intéressait le plus, le choix de son mari, se faisait sans elle : le tuteur disposait de sa main sans la consulter. Parfois c'était

[1] Plutarque, *Solon, 1; De educat. puer.*, 15; *Eroticus, 4 et passim;* Aristote, *Polit.*, liv. II, ch. VII (X), n. 4.

[2] Corn. Nepos, *Præfat. :* « Laudi in Græcia ducitur adolescentulis quam plurimos habere amatores... Quæ omnia apud nos partim infamia, partim humilia atque ab honestate remota ponuntur. » — Cicéron, *De Republ.*, IV, 5 : « Opprobrio fuisse adolescentibus si amatores non haberent. »

[3] *Polit.*, I, 5 (13) : « Ὁ μὲν γὰρ δοῦλος οὐκ ἔχει τὸ βουλευτικὸν, τὸ δὲ θῆλυ ἔχει μὲν, ἄλλ' ἄκυρον, ὁ δὲ παῖς ἔχει μὲν, ἀλλ' ἀτελές. » Cpr. *Ethic. Nicom.*, VII, 10. — D'après Platon (*Timée*, éd. Didot, t. II, p. 248), les hommes qui, durant leur vie, ont été lâches ou injustes, renaîtront femmes dans une seconde existence; d'autres, plus coupables encore, renaîtront sous diverses formes d'animaux.

la loi même qui lui imposait un époux : un homme laissait-il des filles pour toute descendance, la loi, disposant de ces filles comme d'un objet de la succession, les attribuait, avec les biens héréditaires, aux plus proches parents, qui devaient les épouser et procurer ainsi une postérité au défunt. Les prescriptions de Solon à ce sujet sont de tout point analogues, j'aurais presque pu dire identiques, à celles de Moïse et de Manou [1].

Gardons-nous cependant d'assimiler le gynécée au harem, et le sort de la femme grecque à celui de l'indienne ou de la juive. Ce serait méconnaître le caractère grec, si généreux et je dirais presque si tendre [2]. Ils traitaient avec douceur jusqu'à leurs esclaves [3]. S'ils entouraient la femme d'une étroite surveillance, ce n'était pas avec la défiance ombrageuse du despotisme oriental, mais avec la sollicitude affectueuse qu'on a pour un jeune enfant incapable de se suffire à lui-même. Cette incapacité de la femme était établie dans son intérêt même; elle était un privilège, comme chez nous celle du mineur. Loin d'effacer sa personnalité, comme en Orient, elle ne faisait que la mieux consacrer, en garantissant contre toute atteinte l'intégrité de sés droits. Fille, épouse, veuve, la femme grecque est toujours en puissance, mais toujours aussi la loi lui assure des droits et un patrimoine inviolables. Fille, elle a dans son père, non pas un maître tout-puissant, mais un tuteur responsable et comptable. Mariée, son mari devient pour elle ce qu'était son père, protecteur responsable de sa personne, administrateur comptable de ses biens, et de plus son indépendance est assurée par deux institutions nouvelles, bases inébranlables de la liberté civile dans la famille, la monogamie et la dot. Veuve enfin, elle ne reste plus enchaînée, comme en Asie, à la famille de son mari; elle retourne dans sa propre fa-

[1] Voy. *infrà*, p. 58.

[2] Ἀγαθοὶ δ' ἀριδάκρυες ἄνδρες. » *Paræmiographes*, Gœttingue, 1839-51, t. I, p. 4; t. II, p. 3, 136.

[3] Aristote, *Polit.*, liv. I, ch. v (xii), n. 11; Plaute, *Stich.*, A. III, Sc. 1, v. 37 : « Atque id ne vos miremini, homines servulos — Potare, amare, atque ad cœnam condicere : — Licet hoc Athenis nobis. »

mille et y retrouve la même tutelle protectrice qui veillait sur elle avant son mariage. On reconnaît là cet esprit libéral qui anime toutes les institutions helléniques, dans la famille comme dans l'État : si les mœurs démocratiques, en enlevant le citoyen à la vie privée, avaient isolé et abaissé la femme, elles avaient en même temps fait descendre jusqu'à elle les bienfaits de la liberté.

Nous allons nous en convaincre mieux encore en étudiant de plus près et au point de vue juridique ces diverses institutions, dot, monogamie, tutelle perpétuelle des femmes, que je n'ai fait encore qu'indiquer. Mais en descendant aux détails, nous serons forcé de resserrer notre cadre : car, si les traits généraux esquissés jusqu'ici sont à peu près communs à toute la Grèce, les détails se diversifient chez les diverses races helléniques. Tandis que la race ionienne, ouverte à toutes les influences du dehors par la mobilité de son génie et par ses habitudes commerciales, contractait, dans ses longs rapports avec l'Asie, quelque chose des mœurs et des idées de l'Orient, les Doriens et les Éoliens au contraire demeuraient attachés aux coutumes et aux mœurs du passé; chez eux, la femme était restée toujours la matrone honorée la *despœna*[1] de l'époque héroïque et patriarcale. Mais, si l'on veut n'étudier la Grèce que dans ses rapports avec les autres peuples et dans son influence sur le reste du monde, la Grèce tout entière se réduit à la ville d'Athènes, cette petite ville de soixante à quatre-vingt mille habitants, et qui l'emportait autant sur toutes les autres villes du monde que celles-ci sur des villages[2]. Ainsi c'est dans l'étude du droit attique que je vais me renfermer et, de même que j'ai signalé dans le droit grec en général deux influences et comme deux courants opposés, je vais aussi distinguer en deux classes les dispositions du droit attique relatives à la femme :

[1] « Γυναῖκας... δεσποίνας προσηγόρευον, » dit Plutarque en parlant des Spartiates. *Lycurg.*, XIV, 2. Sparte, par son génie et par ses mœurs, se rapproche peut-être plus de Rome que d'Athènes.

[2] Dicéarque, I, 5 (Didot, *Geographi min.*, t. I, p. 99).

d'abord celles qui la frappent d'incapacité, ensuite celles qui protègent et garantissent ses droits *.

II.

Les lois de police, à Athènes, tenaient les femmes dans une contrainte sévère. Elles déterminaient jusqu'aux cas où il leur était permis de sortir de chez elles, jusqu'aux vêtements et ornements qu'elles devaient porter. Des magistrats spéciaux étaient chargés de surveiller les femmes et de pourvoir à l'exécution de ces lois[1].

De plus, les lois civiles frappaient les femmes d'une incapacité générale et les condamnaient, pour ainsi dire, à une minorité perpétuelle. Les mêmes actes qui étaient interdits à l'homme jusqu'à l'âge de dix-huit ans[2], étaient interdits à la femme durant toute sa vie. Ces actes étaient tout contrat (aliénation ou acquisition, obligation ou créance) dont la valeur excédait un médimne[3]: tout procès quelle qu'en fût la valeur[4]. La femme ne pouvant agir, la loi la plaçait sous la puissance d'un tuteur qui agissait pour elle; ce tuteur légal était : 1° le père; 2° le mari; 3° l'héritier légitime ou testamentaire du père, ou parfois l'héritier testamentaire du mari; 4° à défaut de tous les autres, l'État, représenté par les fonctionnaires publics.

Le premier point à remarquer sur cette tutelle de la femme, c'est que, fût-elle exercée par le père, le mari ou

* Consulter sur le droit athénien : R. Lallier, *De la condition de la femme dans la famille athénienne du* ve *au* ive *siècle*, 1875; Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes;* R. Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène*.

[1] Γυναικονόμοι, Γυναικοκόσμοι. Plutarque, *Solon*, XXI, 5-7; Pollux, VIII, 112; Athénée, VI, 45; Aristote, *Polit.*, liv. VI, ch. v, n. 13.

[2] C'était l'âge auquel le jeune homme sortait de tutelle. Démosth., *c. Aphob.*, I, 4 et 6.

[3] Isée, *de Arist. her*, 10. Le médimne était un demi-hectolitre de blé, et sa valeur, qui était d'une drachme au temps de Solon, s'est plus tard élevée jusqu'à seize drachmes. La drachme valait un peu moins d'un franc.

[4] La femme accusée ou actionnée se faisait représenter : c'est ainsi que Périclès prit la défense d'Aspasie, et l'orateur Hypéride celle de Phryné, accusées l'une et l'autre du crime d'impiété. Plutarque, *Périclès*, XXXII, 5; Harpocration, voc. Εὐθίας.

tout autre, c'était toujours la même tutelle; la même quant au nom : le père, le mari, l'héritier, étaient également appelés κύριοι, c'est-à-dire *maîtres*[1]; la même quant aux pouvoirs qu'elle conférait : les pouvoirs du mari ne différaient pas de ceux du père ou de tout autre tuteur.

Quels étaient donc ces pouvoirs? D'abord le tuteur régissait seul les biens de la femme, et la représentait dans tous ses procès comme dans tous ses contrats. Mais son pouvoir s'étendait sur la personne comme sur les biens; il disposait non-seulement du patrimoine, mais aussi de la main de sa pupille, et la donnait en mariage à qui il voulait. La femme, en cette affaire, ne jouait qu'un rôle purement passif, elle était en quelque sorte l'objet du contrat plutôt qu'elle n'y était partie[2]. D'ailleurs pouvait-il être question du choix et de l'inclination réciproques des deux époux, dans un pays où les filles vivaient entièrement séparées des hommes? Le mariage n'était donc qu'une affaire d'argent réglée entre le tuteur qui comptait la dot et le mari qui la touchait. Cette puissance sur la femme était pour le tuteur un droit dont il disposait à son gré : il pouvait transmettre sa tutelle à un autre, soit de son vivant, soit à sa mort. Ainsi le père pouvait transmettre ces droits sur sa fille en la donnant en adoption ou en la donnant en mariage[3], et les héritiers du père jouissaient après lui de la même faculté. Le mari, à son tour, ce qui paraîtra plus étrange, pouvait aussi aliéner ses droits sur sa femme, c'est-à-dire qu'il pouvait, en la répudiant, la donner à un nouveau mari[4]. Enfin il était permis au mari comme au père de léguer en mourant sa femme ou sa fille à un parent ou à un ami de son choix, qui héritait ainsi de la tutelle et pouvait lui-même la transmettre à son tour[5].

[1] Isée, de *Cleonym. her.*, 10 : « Ἐπίτροπον καὶ κύριον. » — Le même nom était aussi donné au tuteur du mineur. Platon, *Leg.*, XI (*éd.* Didot, t. II, p. 472).

[2] Stobée, LXVIII, 19; LXXIV, 7.

[3] Isée, *de Hagn. her.*, VIII, 41. — Il pouvait même la vendre comme esclave si elle s'était laissé séduire. Plutarque, *Solon*, XXIII, 3.

[4] Démosthène, *pro Phorm.*, 28 et suiv.; Plutarque, *Périclès*, XXIV, 9,

[5] Démosthène, *c. Aphob.*, I, 5 : « Ἐκδόσθαι γυναῖκά τινι τῶν φίλων καλὸν καὶ σύνηθες. » Polybe, VII, 6 b.

Ainsi la femme était réduite à un état passif : on disposait d'elle comme d'une marchandise qui passe de main en main. Et quel rôle actif eût-elle pu jouer, parmi des hommes dont l'activité tout entière était vouée à la chose publique? Quel autre service pouvait-elle rendre à la cité, que de devenir mère et lui donner de nouveaux citoyens? Aussi est-ce vers ce seul but que semblent converger toutes les lois attiques relatives à la femme. Toutes tendent, de près ou de loin, à assurer la perpétuité des familles. C'est à ce point de vue que je vais les envisager, en les rapprochant des institutions analogues de la Palestine et de l'Inde.

Il nous est difficile dans les idées modernes de concevoir tout l'intérêt qui s'attachait, chez les anciens, à la perpétuité des familles et à la transmission des héritages. Aujourd'hui, un héritage n'est autre chose qu'une masse de biens ou de dettes, et son acceptation, comme sa répudiation ou sa vacance, ne mettent en jeu que des intérêts privés. Il en était tout autrement à une époque où le droit privé n'avait pas encore rompu les liens qui l'unissaient au droit public et religieux. En ce temps-là, les charges ou les droits les plus importants dans une succession n'étaient pas des dettes à payer ou une fortune à acquérir. Succéder à un défunt, c'était non-seulement recueillir les biens qu'il laissait sans maître, mais remplir tout entière la place qu'il laissait vide dans sa famille et dans sa cité; c'était porter son nom, hériter de ses dignités et de ses honneurs comme aussi parfois de son infamie, prendre sous sa tutelle les femmes et les enfants qu'il laissait sans protecteur légal, aller s'établir dans sa demeure, continuer sur son autel domestique le culte dû aux divinités de sa maison, et accomplir chaque année sur sa tombe les sacrifices dus à ses mânes[1]. Chez les Grecs, comme chez les Indiens, il fallait servir aux morts le repas funèbre[2] pour se rendre les divinités propices, et la législa-

[1] Isée, *de Dicæog. her.*, 47; *de Menecl. her.*, 46; Démosth., *c. Macart.*, 58-68. C'est ce qu'on appelait τὰ δίκαια, νομιζόμενα ποιεῖν; c'était le *justa facere* des Romains.

[2] Νεκρῶν δεῖπνα. Homère, *Odyss.*, XI, v. 23-50; Eschyle, *Choephor.*, v. 15 et suiv. Cpr. Hermann, *Lehrb. d. griechischen Antiquitäten*, Heidelberg, 1852-58, t. II, § 28, note 11; t. III, § 39, note 32.

tion attique, qui punissait l'impiété comme un crime[1], ne pouvait permettre l'abandon d'un devoir religieux si important. C'est pour cela que l'archonte devait veiller « à ce qu'aucune maison ne devînt déserte[2], » et que diverses institutions ouvraient à chacun les moyens de s'assurer dans tous les cas une postérité.

La première de ces institutions était le mariage qui, à Athènes comme dans toute l'antiquité, n'avait pour but que la procréation des enfants. Comme en Orient, le mariage était obligatoire; obligatoire non-seulement pour la femme qui n'y jouait qu'un rôle passif, mais pour l'homme et pour le tuteur de la femme : une action publique était ouverte, soit contre le célibataire, soit contre le tuteur qui tardait de marier sa pupille[3]. Comme les lois de l'Orient, les lois grecques réglementaient les rapports conjugaux et prescrivaient aux deux époux une cohabitation assidue : une action pénale était donnée contre le mari qui délaissait sa femme pendant un mois entier[4]. Comme en Orient enfin, on avait relâché les liens du mariage dans la crainte des unions stériles : le mari pouvait, à son bon plaisir et sans formalités, répudier[5] sa femme, qui retournait dans la maison de son premier tuteur, remportant avec elle sa dot et son trousseau, mais non pas ses enfants, qui demeuraient auprès du mari. Le mari pouvait même, tout en gardant sa femme, prendre aussi une concubine, et légitimer, même pendant le mariage, les enfants qu'il avait d'elle[6]. Si ce n'est plus là tout à fai[t]

[1] Ἀσεβείας γραφή. Voy. l'histoire de Socrate.

[2] Isée, *de Apollod. her.*, 30.

[3] Γραφὴ ἀγαμίου, γραφὴ κακώσεως. Voy. *suprà*, p. 38 et 69, *infrà*, p. 82.

[4] Plutarque, *Eroticus*, 23.

[5] Littéralement *renvoyer*, ἀποπέμπειν. La répudiation avait lieu d'ordinaire devant témoins (Lysias, *c. Alcibiad.*, A, 28), mais ce n'était pas une formalité nécessaire.

[6] C'est un point fort contesté; mais voy. Isée, *de Philoctem. her.*, 22, et Démosthène, *c. Bœot.*, II, *passim*. — La seule condition pour cette légitimation, c'était que la concubine fût Athénienne; tel est le sens de la loi citée par Diogène Laërce (II, 26) : « Γαμεῖν μὲν ἀστὴν μίαν, παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας. » Il est vrai qu'une autre loi frappe le *nothus* d'une incapacité absolue : « Νόθου μηδὲ νόθης εἶναι ἀγχιστείαν μητὲ ἱερῶν μητὲ ὁσίων. » Isée, *de Philoctem. her.*, 47. Mais le mot *nothus*, qu'on traduit à tort par *bâtard*, ne s'applique proprement qu'à l'enfant né d'une

la polygamie asiatique, ce n'est point encore la monogamie rigoureuse et sévèrement sanctionnée de l'ancienne Rome et de l'Europe moderne.

A côté du mariage, les législations orientales avaient établi le *lévirat,* pour suppléer au besoin à l'impuissance physique du mari. Rien de semblable à cette institution ne se rencontre dans la loi grecque. En Grèce, en effet, le mariage n'entraîne plus pour la femme un changement de famille; les droits qu'il confère au mari lui sont exclusivement personnels, il périssent avec lui, et la veuve retombe aussitôt sous la tutelle de ses parents naturels[1], qui avait été, non pas éteinte, mais un moment suspendue par le mariage de la pupille. Une autre institution vient au secours de l'homme dont les unions sont demeurées stériles : c'est l'adoption. L'adpotion, interdite chez les Grecs à quiconque avait des enfants mâles, était au contraire, pour l'homme privé de postérité, l'unique moyen de s'assurer un héritier direct. En effet, dans une législation où l'héritier succédait, non-seulement aux biens du défunt, mais à son nom et à tous ses droits de famille, toute institution d'héritier revêtait nécessairement la forme d'une adoption, et les mots adopter et tester devenaient synonymes[2]. Remarquons en passant que ce droit de tester, qui n'apparaît encore ici que sous le voile de l'adoption, était complètement inconnu des législations orientales[3], et constitue une des plus hardies conquêtes de la liberté civile.

Enfin le mariage, sans être stérile, pouvait ne donner que des filles. On a vu comment ce cas était réglé par les

concubine étrangère (« νόθος, ὁ ἐκ ξένης καὶ παλλακίδος. » Eustathe, *ad Iliad.*, IV, v. 499), et son incapacité résulte, non de ce qu'il est enfant naturel, mais d'un principe qu'on retrouve dans la loi romaine : « *Parentem deterioris conditionis sequitur.* »

[1] Il est même fort douteux que ce droit des parents naturels puisse être exclu par une disposition testamentaire du mari sur la tutelle ou la main de sa veuve.

[2] Le mot ποιητός est pris dans le sens d'héritier, aussi bien que dans celui de fils adoptif; le mot ἄπαις s'applique à celui qui est mort intestat, tout comme à celui qui est mort sans enfants. Les mots διατίθεσθαι et εἰσποιεῖσθαι sont synonymes. Pollux, III, 21.

[3] Gans, *das Erbrecht in weltgesch. Entw.*, t. I, p. 97, 122, 170 et suiv.

lois de Manou et de Moïse ; la loi de Solon ne l'a pas réglé autrement : on croirait lire, dans les harangues de Démosthène et d'Isée, le commentaire des textes du Deutéronome et du *Manava*. Si le défunt n'avait laissé que des filles, ces filles ne pouvaient être héritières dans le vrai sens du mot, car l'incapacité générale dont leur sexe était frappé ne leur permettait pas de remplir, dans l'État et dans la famille, la place qu'y occupait le défunt[1]. Mais si la fille ne pouvait succéder elle-même, c'est par elle que la famille du défunt devait se conserver et se perpétuer, à cet effet, l'archonte devait veiller à ce que l'orpheline fût mariée, et à ce que le premier enfant mâle qu'elle mettrait au monde reçût le nom du défunt et fût placé dans sa famille par une sorte d'adoption posthume. C'est cet enfant à naître qui était le véritable successeur du défunt, c'est à lui qu'on réservait l'héritage[2].

Mais que devenait cet héritage en attendant la naissance de l'héritier? Il formait comme la dot de l'orpheline et appartenait provisoirement à son mari, en sorte qu'on ne pouvait obtenir l'héritage du défunt sans épouser sa fille et lui procurer ainsi une postérité. Pour être son héritier, il fallait être en même temps, si je puis ainsi dire, son gendre posthume. Aussi la main de l'orpheline était-elle considérée comme une dépendance de la succession, comme une sorte de droit *héréditaire;* les plus proches héritiers du sang pouvaient la réclamer et se la disputer entre eux par une action en justice qui ne différait, ni par le nom, ni par la forme, d'une pétition d'hérédité[3]. Cette espèce de succession à la main de la fille différait cependant en quelques points de la succession ordinaire. D'abord elle était indivisible, et l'hérédité revenait tout entière à celui des parents auquel le tri-

[1] Si la loi grecque attribue à la femme certains droits de succession (elle n'est exclue par les mâles qu'à égalité de degré), il ne s'agit là que d'un mode de succession tout particulier, comme on va voir tout à l'heure.

[2] Isée, *de Ciron. her.*, 31.

[3] Ἐπιδικασία ; la qualification d'ἐπίδικος est appliquée et à l'héritage et à la fille elle-même. La fille est plus ordinairement appelée ἐπίκληρος, ἔγκληρος. Pollux, III, 33.

bunal avait attribué l'orpheline; s'il y avait plusieurs parents du même degré, c'était probablement l'âge ou le sort qui déterminait la préférence. Ensuite, cette succession ne pouvait pas être répudiée : sans doute un héritier collatéral pouvait renoncer à l'héritage du parent qui mourait insolvable, mais il ne pouvait abandonner la fille laissée sans ressources et sans soutien; il était investi par la loi de la tutelle de l'orpheline, et était tenu, ou de l'épouser lui-même, ou de lui trouver un mari en la dotant à ses frais et conformément à sa propre fortune. S'il manquait à ce devoir d'ordre public, tout citoyen pouvait se porter son accusateur [1]. Si le défunt qui laissait une fille, laissait en même temps un testament; s'il avait institué, ou pour mieux dire, *adopté* un héritier, le premier devoir de cet héritier c'était de continuer la famille du testateur en épousant sa fille. S'il ne voulait pas l'épouser, il était tenu tout au moins de la marier, en lui donnant à titre de dot une partie de l'héritage paternel, et en s'engageant à lui restituer le surplus pour l'époque où elle aurait un enfant mâle parvenu à sa majorité.

Enfin, s'il n'y avait ni héritier testamentaire, ni parent mâle connu, l'orpheline demeurait à la charge et sous la tutelle de l'État; c'était au trésor public à la doter, à l'archonte éponyme à lui trouver un tuteur ou un mari [2].

Ainsi, dans quelque position que le sort pût la placer, la femme athénienne ne trouvait nulle part la liberté et l'indépendance; épouse ou fille, orpheline ou veuve, toujours la loi lui donnait un maître qui disposait seul de sa personne et de ses biens.

[1] Isée, *De Arist. her.*, 19; Démosthène, *c. Macart., passim.* Cpr. Platner, *Proces u. Klagen b. d. Attik.*, Darmst., 1824-25, t. II, p. 256.

[2] Démosthène, *c. Neær.*, 113. Cpr. C. Bunsen, *De Jure hereditario Atheniensium*, Gott., 1813; Ch. Giraud, *Du droit de succession à Athènes*, Paris, 1842 (*Rev. de législ.*, t. XVI, p. 97); E. Schneider, *De Jure hereditario Atheniensium*, Monach., 1851; * Caillemer, *Le droit de succession légitime à Athènes.*

III.

Mais ce maître était en même temps un protecteur. Je l'ai déjà remarqué, la puissance paternelle, la puissance maritale, celle des héritiers collatéraux sur l'orpheline, n'avaient, dans le droit attique, qu'un même nom, qui désignait aussi l'autorité du tuteur sur son pupille. Identiques par le nom, tous ces pouvoirs l'étaient aussi par leur nature, et la même protection légale qui entourait l'homme durant sa minorité, accompagnait la femme à tout âge et dans toutes les situations de la vie. Son père, son mari, son parent n'était qu'un tuteur responsable et comptable.

Mais devant qui était-il responsable? Qui pouvait lui demander compte, puisque la seule personne intéressée était incapable d'agir en justice contre lui? Il était responsable devant la république même : la loi appelait en quelque sorte tous les citoyens au secours de celui qui ne pouvait se protéger lui-même, et ouvrait une action publique (κακώσεως δίκη)[1] toutes les fois qu'une personne incapable se trouvait lésée par celui-là même qui était chargé de la défendre. Un enfant était-il abandonné ou négligé par son père, un vieillard maltraité ou délaissé par ses fils, une femme avait-elle à se plaindre de son mari, de son père, des parents chargés de sa tutelle, on considérait cette violation des devoirs domestiques comme un désordre moral dans la cité, et tout citoyen pouvait accuser devant l'archonte l'homme qui avait tourné contre l'enfant, le vieillard ou la femme, le pouvoir dont il n'était armé que pour les protéger[2].

La femme en particulier était toujours garantie par cette action, qu'elle fût en puissance paternelle, en puissance maritale, ou sous la tutelle de ses collatéraux. L'action s'ou-

[1] Il serait plus exact de dire γραφή (Harpocration, voc. Κακώσεως), quoique l'expression δίκη soit plus en usage.

[2] Démosthène, *c. Macart.*, 54.

6718

vrait contre le père, s'il négligeait de marier ou de doter sa fille devenue nubile; contre les tuteurs, s'ils n'épousaient pas ou ne mariaient pas leur pupille, en la dotant au besoin de leurs propres deniers; contre le mari enfin, s'il maltraitait sa femme, ou même s'il lui était infidèle et la délaissait[1]. Cette action entraînait contre le condamné « les peines les plus graves[2]. » De plus, elle était entourée, dans la procédure grecque, d'une faveur particulière : ainsi l'accusateur téméraire n'encourait aucune responsabilité, et aucun délai légal ne restreignait la durée des plaidoiries[3].

Mais c'est surtout en faveur de la femme mariée que se déploie le caractère généreux et libéral de la loi grecque. Tous les principes, toutes les institutions qui, dans l'Europe moderne, assurent l'indépendance de la femme dans le mariage, se retrouvent, soit en germe, soit en pleine maturité, dans la législation attique.

C'est d'abord le principe de la monogamie, qui, sorti peut-être de l'Égypte[4], ne s'est encore qu'imparfaitement dégagé en Grèce de l'influence orientale. La loi d'Athènes ne permet d'avoir qu'une seule femme légitime[5], mais elle ne défend pas d'avoir en même temps une épouse et une concubine. Ce n'est là, on le voit, qu'une monogamie fort imparfaite, et qui tient de bien près encore à la polygamie asiatique. Car, sous les lois de l'Inde ou de la Chine, s'il est permis d'avoir plusieurs femmes, il n'en est jamais qu'une seule qui ait le titre et les droits d'épouse, les autres ne sont que des concubines. Toute la différence entre la monogamie de la Grèce

[1] Schol., *ad Aristoph., Équit.*, v. 399 (Didot, *Comicor. fragm.*, p. 36). On a soutenu que l'action κακώσεως contre le mari n'était point publique, mais n'appartenait qu'aux parents de la femme. Voy. *contra* Harpocration, voc. Κακώσεως.

[2] « Αἱ ἔσχαται τιμωρίαι, » dit Isée (*de Pyrrh. her.* 47); et nous savons par Eschine (*c. Timarch.*, 28) qu'en certains cas cette peine était l'ἀτιμία, l'infamie.

[3] Δίκη ἄνευ ὕδατος, — on n'y faisait pas usage de la clepsydre.

[4] Hérodote, II, 92 : « Καὶ γυναικὶ μιῇ ἕκαστος αὐτέων (Αἰγυπτίων) συνοικέει, κατάπερ Ἕλληνες. » Cpr. Diodore, I, 80.

[5] La prétendue bigamie de Socrate n'est qu'une erreur aujourd'hui démontrée. Voy. Luzac, *de bigamia Socratis* (*Lect. Atticæ*, Leyden, 1809). De même dans toute la Grèce : le double mariage du roi de Sparte Anaximandre est cité comme un fait exceptionnel, contraire aux mœurs et aux lois. Hérodote, V, 39, 40.

et la polygamie de l'Orient, se réduit donc à ceci : en Asie, les enfants de la concubine sont de plein droit membres de la famille; à Athènes, ils n'y peuvent entrer que par le bénéfice d'une légitimation qui, d'ailleurs, dépend entièrement de la volonté de leur père[1].

Le principe de la monogamie conduit à celui de l'égalité des deux époux; et cette tendance vers l'égalité se fait jour dans plusieurs dispositions du droit attique. Si la loi punit toujours l'adultère de la femme, elle punit aussi, dans les cas les plus graves, celui du mari[2]. Si le mari peut, à son gré, prononcer le divorce, la femme aussi peut le faire prononcer par l'archonte, en justifiant, dans une requête écrite, de ses motifs pour divorcer[3]. Ainsi la femme, même sous la puissance maritale, conserve son individualité, et, lorsque le mari vient à mourir, elle ne passe plus, comme une possession héréditaire, au pouvoir des héritiers du mari; elle rentre dans sa propre famille et retourne sous la tutelle de ses parents[4].

Pour mieux assurer l'individualité de la femme mariée, la loi grecque lui assigne une dot et organise le régime dotal avec une sagesse qui n'a guère été dépassée par les législations modernes. L'idée essentielle de la dot, ce n'est pas que la femme apporte au mari les biens qu'elle possède, il en était ainsi déjà chez les Hindous et chez les Hébreux; c'est que le mari, au lieu de devenir maître absolu de ces biens, soit tenu de les conserver et de les restituer à la dissolution du mariage. Par là, chacun des deux époux a son patrimoine séparé, chacun contribue pour sa part aux charges communes du ménage, et l'union conjugale devient

[1] Voy. *suprà*, p. 29, 56, 77, note 6.

[2] Par exemple, lorsque le mari délaisse sa femme pour sa concubine. Voy. *suprà*, p. 82, note 1.

[3] Quelque simple que fût cette formalité, elle était rendue fort difficile par l'état de dépendance dans lequel la femme était tenue. Plutarque nous raconte qu'Alcibiade, rencontrant sur le marché sa femme qui se rendait chez l'archonte, sa requête de divorce à la main, la ramena de vive force jusque chez lui, sans que personne songeât à s'opposer à cette violence. *Alcibiade*, VIII, 6 et 7.

[4] Voy. *suprà*, p. 72, 78, note 1.

une association du plus fort et du plus faible, au lieu d'être l'absorption du plus faible par le plus fort*.

Nulle part l'institution de la dot ne tient une plus grande place que dans la loi grecque. Nécessaire pour pousser l'homme au mariage, la dot n'était pas moins nécessaire pour le détourner du divorce. Aussi, le législateur d'Athènes exigea-t-il que toute femme fût dotée. C'était l'apport d'une dot qui, en l'absence d'autres solennités, distinguait l'union légitime de l'union illicite, et la femme à qui son mari n'avait point reconnu de biens dotaux était présumée d'ordinaire n'être qu'une concubine[1].

Il est un cas où la femme n'avait pas besoin qu'on la dotât; c'est celui où son père était mort sans laisser d'enfant mâle pour recueillir ses biens : la succession tout entière devenait alors, on l'a déjà vu, la dot de l'orpheline. Dans tous les autres cas, il fallait constituer une dot[2], et cette obligation incombait aux divers tuteurs de la femme : père, frères, aïeuls, collatéraux, ou, à leur défaut, à l'État lui-même. Le montant, ou du moins le minimum de la dot à fournir, était fixé par la loi dans des proportions qui variaient à la fois suivant la fortune du tuteur et suivant son degré de parenté[3]. Au moment du mariage, un acte contenant l'inventaire et l'estimation de tous les biens apportés par la femme était présenté au mari; en y apposant sa signature, le mari prenait ces valeurs sous sa responsabilité et s'engageait à les restituer un jour. Tous les biens de la femme qui n'auraient pas été spécifiés dans cet acte estimatif, seraient devenus la propriété définitive du mari.

* Voy. G. Barrilleau, *La constitution de dot dans l'ancienne Grèce* (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, VII, 145).

[1] Isée, *De Pyrrh. her.*, 28 et suiv. Dion Chrysostome (XV, 4) définit la femme légitime : « Ἀστὴν ἐξ ἀστῶν καὶ προῖκα ἱκανὴν ἐπενηνεγμένην. » — Au reste, quand Plutarque nous dit (*Solon*, XX, 8) que, d'après une loi de Solon, la femme ne pouvait apporter en dot à son mari plus de « ἱμάτια τρία καὶ σκεύη μικροῦ νομίσματος ἄξια, » cette limitation ne doit s'entendre que du trousseau (φερνή), et non pas de la dot proprement dite (προῖξ).

[2] En ces cas la femme était dite ἐπίπροικος, par opposition à la femme ἐπίκληρος.

[3] Démosthène, *c. Macart.*, 54; Harpocration, voc. Θῆτες.

Pendant le mariage, le mari n'était pas seulement administrateur de la dot, il en était le maître [1], et son droit n'avait d'autres limites que la double obligation, d'une part, d'entretenir la femme et les enfants sur les revenus dotaux, d'autre part, de restituer, lors de la dissolution du mariage, le capital de la dot. Cette restitution était garantie par des actions spéciales [2], par un privilège légal [3], et le plus souvent par une hypothèque [4]. Ces actions étaient intentées, soit par les héritiers de la femme, si le mariage était dissous par son décès, soit par ses tuteurs [5], en cas de divorce ou de veuvage. Mais les tuteurs, en ce cas, n'acquéraient les biens dotaux, si la femme divorcée ou veuve était encore en âge d'être remariée, qu'à la charge de les lui restituer plus tard en la remariant [6].

Je termine ici cet exposé, qui, tout incomplet qu'il est, suffira peut-être pour donner une idée de l'importance du droit grec et faire entrevoir quels germes féconds de civilisation et de progrès recélait cette législation si injustement négligée par la science moderne. Ces germes n'ont point péri, et, de nos jours encore, les sociétés civilisées en recueillent les précieux fruits. Athènes, il est vrai, succomba sous les armes romaines; mais sa philosophie, ses arts, toute sa civilisation, survécurent à sa ruine et s'imposèrent au vainqueur. L'esprit large et libéral de la loi grecque pénétra dans la loi romaine et fit éclater de toutes parts les moules trop étroits d'un formalisme suranné; une jurisprudence nouvelle, s'ins-

[1] Le fonds dotal était inscrit au cens sous le nom du mari et non sous celui de la femme. A. Boeckh, *Staatshaushaltung d. Athen.*, liv. IV, § 6.

Δίκη προικὸς, δίκη σίτου.

[3] La femme était préférée, pour le recouvrement de sa dot, à tous les autres créanciers, du moins en cas de confiscation des biens du mari. *Etymologicon magnum*, Leipsick, 1816, p. 340.

[4] Ἀποτίμημα. Bien qu'il n'y eût pas d'hypothèque légale dans le droit attique, il était d'un usage général d'en constituer une sur les biens du mari. Lexic. Seguier (Bekker, *Anecdota*), p. 201.

[5] J'entends ceux sous la puissance desquels se trouvait la femme, son père, ses fils ou ses collatéraux.

[6] Démosth., *c. Bœot.*, II, 7; *c. Neær.*, 52. Sur tous ces points, voy. Démosthène, *c. Bœot.*, *c. Spudi.*; Isée, *De Pyrrh. her.*

pirant du *jus gentium*, du droit de l'étranger, remania et transforma toutes les anciennes institutions nationales, et dans cette législation romaine refondue, telle que l'a léguée aux nations modernes l'Empire expirant, l'élément grec s'est partout mêlé à l'élément romain. C'est ce que nous allons reconnaître, en étudiant la loi romaine dans les périodes successives de son histoire.

CHAPITRE IV.

ROME.

Première période.

I.

L'origine commune des Grecs et des Romains se révèle dans leurs lois comme dans leurs langues, et la comparaison entre ces deux peuples pourra être un jour aussi féconde en découvertes pour le juriste qu'elle l'a été déjà pour le philologue. C'est surtout dans la jeunesse de Rome et d'Athènes qu'éclate cette ressemblance de famille qui plus tard s'efface avec l'âge. A mesure qu'on remonte le cours des siècles, on voit les deux législations se rapprocher, comme vers une source commune qui se cache dans les profondeurs du passé. Si l'on étudie en particulier dans les documents les plus antiques celle de toutes les institutions qui, de sa nature, oppose la plus longue résistance à l'action du temps, je veux dire l'organisation de la famille, l'on trouvera qu'elle repose, chez les deux peuples, sur les mêmes bases. A Rome comme à Athènes, la pierre du foyer est le plus ancien et le plus vénéré des autels[1], la maison un sanctuaire inviolable[2], le père de famille un sacrificateur qui réunit,

[1] Ἑστία, *Vesta*. Le culte du feu perpétuel était originairement un culte domestique : « In penetralibus perpetuos fovetis focos. » Arnobe, *adv. gent.*, II, 67; Euripide, *Alcest.*, v. 162-168.

[2] Cicéron, *pro domo*, 41 : « Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? Hic aræ sunt, hic foci, hic dii penates; hic sacra, religiones, cærimoniæ continentur. » A Athènes, même sous les trente tyrans, on n'osa jamais violer le secret du domicile. Démosth., *c. Androt.*, 52; *c. Everg.*, 60.

sous la même autorité sacrée, femmes, enfants esclaves, et en dispose comme de son bien[1]. Aussi le même mot, dans chacune des deux langues, désigne-t-il à la fois, et le patrimoine, et la maison, et tous ceux qui l'habitent[2]. La maison ne doit jamais rester sans héritier[3], l'autel domestique sans sacrificateur, et une loi semblable à Athènes et à Rome règle l'ordre des successions[4]. L'acte sur lequel la famille se fonde, le mariage, se contracte dans les deux cités de la même manière : par des sacrifices aux mêmes divinités[5], et par une vente[6]; dans les deux cités, si l'épouse est vendue comme une esclave, le principe de la monogamie annonce déjà sa prochaine émancipation et sa future indépendance. Enfin, à Rome comme en Grèce, au-dessus de la famille proprement dite, de la maison (οἶκος, *familia*) nous trouvons la famille agrandie (γένος, *gens*), corporation à la fois domestique et politique, qui a en même temps son nom patronymique et sa fonction dans l'État, et qui marque, chez les deux peuples, le passage de la vie patriarcale à l'organisation de la cité.

Quittons maintenant cette période primitive où les ténèbres abondent; transportons-nous au grand jour de l'histoire, à l'époque où les institutions de Rome et d'Athènes ont revêtu leur forme la plus caractéristique et la mieux arrêtée. Au même siècle, presque aux mêmes années, Athènes florissait sous Périclès, et Rome recevait des auteurs des XII Tables les principes impérissables de ses lois civiles. Que sont devenues alors ces deux législations dont

[1] Voy. *suprà*, p. 24.

[2] Οἶκος, *familia;* οἰκέτης, *famulus*.

[3] Denys d'Halicarnasse (IX, 22) dit que les anciennes lois romaines rendaient le mariage *obligatoire*. On a vu qu'il en était de même en Grèce.

[4] Aux quatre ordres d'héritiers de la loi grecque, descendants héritiers nécessaires, οἶκος, γένος, φρατρία, correspondent exactement les quatre ordres d'héritiers de la loi romaine, *liberi heredes sui et necessarii*, *familia* (*agnati*), *gens*, *curia*, et chez les deux peuples le fondement de la loi, c'est l'intérêt religieux et politique qui s'attache à la conservation des familles.

[5] A. Rossbach, *Untersuchungen uber die römische Ehe*, Stuttgard, 1853, p. 212, 301.

[6] Aristote, *Polit.*, liv. II, ch. v (VIII), n. 12.

nous avions entrevu tout à l'heure la commune origine? Leur ressemblance originaire s'est presque effacée, et ce qui va nous frapper maintenant, c'est leur opposition et leur contraste. Ce nouveau point de vue mérite de nous arrêter quelques instants : pour bien saisir la puissante originalité du droit romain, il faut le mettre en présence de cette législation grecque qui, contemporaine et voisine, lui est cependant plus opposée peut-être qu'aucune de celles qui aient jamais régi l'Europe civilisée.

Ce n'est pas dans les productions de la littérature et des arts qu'apparaît le contraste entre le génie latin et le génie hellénique : dans les arts comme dans les lettres, Rome est disciple et fille d'Athènes. La création vraiment originale de Rome, l'œuvre qui lui appartient en propre, c'est son droit. Dans ce grossier matérialisme de l'antique procédure romaine, dans ce formalisme inflexible qui asservit le citoyen, dans tous les actes de la vie civile, à une discipline aussi exacte que celle du soldat dans son camp, on reconnaît le peuple endurci dans les combats, qui se fit de son droit comme une arme nouvelle pour mieux asservir et gouverner le monde. En Grèce, au contraire, dans ce droit plus idéaliste et moins pratique qui, rompant toutes les entraves du formalisme, s'élève jusqu'à la notion absolue du juste et du vrai, l'on reconnaît le peuple artiste et philosophe, qui sut, lui aussi, conquérir le monde, non plus par la force des armes, mais par l'ascendant plus irrésistible encore de son brillant génie.

Tout, dans le droit grec et le droit romain, révèle ces deux tendances opposées, les lois civiles, la procédure, l'organisation judiciaire. Le pouvoir judiciaire, à Athènes, appartenait, on l'a déjà vu, au peuple lui-même, qui le considérait comme une dépendance de son pouvoir législatif : car la loi était peu détaillée et souvent muette, et la jurisprudence créait le droit bien plus qu'elle ne l'appliquait [1].

[1] Les jurés d'Athènes prêtaient serment de juger selon la loi, et, *à défaut de la loi*, suivant l'équité : « Περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ὦσι, γνώμῃ τῇ δικαιοτάτῃ κρινεῖν. » Démosthène, *c. Leptin.*, 118 ; Pollux, *Onomast.*, VIII, 122.

Pour ce peuple législateur, plus encore que pour notre jury criminel, la règle suprême des jugements, c'était la voix de la conscience. L'archonte qui présidait au procès ne pouvait, comme notre président d'assises, influer sur le verdict populaire en dirigeant et résumant les débats : il ne lui était permis d'intervenir auprès du peuple souverain que par la requête ou la prière[1]. Ainsi la jurisprudence n'était que l'expression spontanée de la conscience publique et le droit, dans sa forme inconsistante et mobile, se développait et se transformait sans cesse avec les mœurs. Rien de semblable chez les Romains; loin d'abandonner les jugements civils aux caprices de la foule, Rome en avait fait le monopole du plus conservateur de tous les corps, d'un corps à la fois aristocratique et sacerdotal. C'est à un collège de patriciens pontifes, se renouvelant par la cooptation, qu'était réservée, au temps des XII Tables, la juridiction civile[2]. Dans ce cénacle impénétrable au profane se conservait intact le dépôt des antiques traditions, et s'élaborait lentement et dans l'ombre ce formulaire de la procédure romaine, mystérieux et immuable comme un rituel sacré. Tout, dans l'ancien droit de Rome, nous révèle l'œuvre des prêtres : ces symboles et ces rites sacramentels qui font de chaque acte juridique comme une cérémonie consacrée, ces formules dont le sens et l'usage sont cachés au vulgaire[3] et dont la puissance magique crée ou détruit tous les droits, enfin cette subtilité pointilleuse dans l'analyse juridique, ce fétichisme du texte et de la lettre, cette casuistique raffinée,

[1] Lysias, *c. Alcibiad.*, I, 21; II, 1.

[2] Voy. Pomponius, fr. 2 § 6, D. I, 2; Cicéron, *de Leg.*, II, 19; *de Harusp. resp.*, 7; Tite-Live, IX, 46; Valère Max., II, v, 2; Denys d'Halic., II, 73. On trouve une preuve certaine de l'antique juridiction pontificale dans l'action *sacramento*, la plus ancienne et la plus générale des actions romaines : le *sacramentum* était déposé entre les mains des pontifes (Varron, *de Ling. lat.*, V, 180, cpr. 15), et consacré aux usages religieux : « Sacramentum, quod consumebatur in rebus divinis. » Festus, *h. v°*. Je renvoie, pour plus de détails, aux ingénieuses et savantes recherches de M. R. Ihering, *Geist des rœmischen Rechts*, Leipsick, 1852-65, t. I, § 18, not. 175-189; t. II, § 42, not. 534-558.

[3] Pomponius, fr. 2 § 6, D. I, 2 : « Quas actiones, ne populus, prout vellet, instituerat, certas solemnesque esse voluerunt. »

qui sont le propre de tous les juristes théologiens, et qui se retrouvent au même degré chez les interprètes du Coran et du Talmud et chez les commentateurs du droit canon. Plus tard[1], il est vrai, la jurisprudence romaine s'est ouverte à des influences plus libérales : la plèbe a fini par forcer les portes du sanctuaire et la justice s'est peu à peu sécularisée entre les mains d'un préteur élu du peuple [2]. Mais, chose étrange! tout en passant en des mains profanes, le droit n'a point perdu la forme et le caractère sacerdotal. Les plébéiens juristes se sont faits les disciples de l'antique clergé patricien, et, en apportant d'autres matériaux à l'édifice de la législation romaine, ils sont demeurés fidèles au plan conçu par les premiers architectes. On reconnaît le vieil esprit aristocratique et clérical dans leur méticuleux formalisme, dans leur respect superstitieux de la lettre, dans leur attachement obstiné aux formes et aux traditions du passé. Le droit romain est resté un art subtil, une science abstruse et fermée au vulgaire.

Des juges passons aux parties. A Athènes, le plaideur se présentait seul devant l'assemblée du peuple et plaidait lui-même sa cause. Nul avocat, nul homme de loi ne pouvait s'interposer entre la partie et ses juges [3]; car devant un jury qui cherchait avant tout l'équité, les raisonnements juridiques ne valaient pas le récit vivant et naïf des faits dans la bouche de ceux-là mêmes qui en avaient été les auteurs ou les victimes. Et si parfois le plaideur se faisait assister d'un parent ou d'un ami qui prenait la parole après lui [4], c'est un orateur qu'il choisissait, non un légiste : les légistes et

[1] Un siècle après les XII Tables, d'après Pomponius.

[2] C'est alors que le *sacramentum*, qui appartenait d'abord au trésor sacré, fut dévolu au trésor public. Gaius, IV, 13.

[3] Quintilien, *Inst. orat.*, II, xv, 30. Nous devons ajouter que les plaideurs éludèrent souvent cette loi, en venant réciter les plaidoiries qu'ils s'étaient fait composer par des rhéteurs de profession. Voy. le mémoire de M. Egger, *Si les anciens ont connu la profession d'avocat*, Paris, 1861; Albert Desjardins, *Essai sur les plaidoyers de Démosthène*, Paris, 1862.

[4] Aussi voyons-nous les orateurs grecs alléguer d'ordinaire, dans leurs plaidoyers, leur parenté ou leur amitié avec la partie, pour justifier leur intervention. Isocrate, *c. Euthyn.;* Isée, *de Nicostr., her.;* Démosthène, *pro Phorm.*, etc.

leur art subtil étaient inconnus à Athènes. Et à quoi eussent-ils servi? Nuls ambages de procédure n'entravaient les abords de la justice populaire; toute plainte était sûre d'être accueillie devant un tribunal qui pouvait toujours suppléer à la loi écrite pour satisfaire à l'équité. A Rome, au contraire, le plaideur ne pouvait faire un pas sans être dirigé par le légiste; les voies de la procédure étaient si étroites, si ténébreuses, si pleines de pièges, que nul n'eût osé s'y engager sans le secours d'un initié qui le conduisît par la main [1]. Chaque partie devait répéter devant le juge, mot pour mot (à la moindre inexactitude, le procès était perdu), le texte de loi sur lequel elle fondait sa prétention. Sans texte de loi, point d'action en justice : *legis actio* [2]. Le juge était l'esclave de ce texte inflexible, et il lui était aussi impossible d'accueillir la plus juste des plaintes si la loi était muette, que de repousser l'action la plus inique si la loi avait parlé. Plus tard, il est vrai, une procédure nouvelle a prévalu [3] : le préteur a pu combler les lacunes d'une loi trop étroite en créant lui-même des actions nouvelles. Mais le principe essentiel est resté, celui de la spécialité des actions. Qu'elle soit écrite dans les XII Tables ou dans l'édit du préteur, chaque action a son texte officiel qui la consacre, son nom particulier, sa formule précise, son champ d'application délimité; et, en dehors de ce cercle d'actions rigoureusement définies et classées, toute iniquité, toute injustice que les textes ont négligé de prévoir, demeure sans juge et sans réparateur.

Enfin, si des actions judiciaires nous passons aux contrats, aux transactions civiles d'où les actions découlent, le même contraste s'offre à nos yeux. À Athènes, aucun symbole, aucune solennité ne vient revêtir d'une forme matérielle et sensible la volonté des contractants, et imprimer,

[1] Cicéron, *pro Murena*, 11 : « Ne sine sua opera lege posset agi, notas quasdam composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent. » De là la haute position que les jurisconsultes occupèrent à Rome. Cicéron, *de Oratore*, I, 45; III, 33; Horace, *Satyr.*, I, v. 10.

[2] Gaius, IV, 11. Cpr. Ihering, *Geist d. rœm. Rechts*, t. II, § 47.

[3] Je veux parler du *système formulaire*. Voy. Gaius, IV, 30.

en quelque sorte, sur chaque contrat sa marque distinctive. Rien, dans les apparences, ne distingue la donation du legs, l'adoption du testament, le concubinat du mariage; rien ne sépare ces divers actes juridiques des actes quotidiens de la vie commune[1]. Ce qui importe, ce n'est pas l'apparence et le signe extérieur, c'est l'intention réelle, l'intime volonté des contractants; et plus la loi grecque se montre indifférente pour la forme matérielle, plus elle devient exigeante pour cette volonté, qui est comme l'âme du contrat : « y a-t-il eu surprise, précipitation, menaces, promesse dolosive, influence de femme, faiblesse de la maladie ou de l'âge, la volonté est insuffisante, l'acte sera annulé[2]. » Que l'on parcoure, dans le recueil des orateurs grecs, tous les plaidoyers où il est question de contrats ou de testaments : on verra que, presque toujours, le seul objet du débat, c'est l'intention probable des parties. Le juge romain, au contraire, n'a point à pénétrer dans l'âme du contractant, à scruter ses intentions; qu'il ait été circonvenu, trompé, violenté, il n'importe : il a prononcé la formule, il est lié : « uti lingua nuncupassit, ita jus esto. » Nul ne doit se risquer à souscrire un acte quelconque s'il n'a près de lui le légiste pour lui dicter les paroles consacrées. Le formulaire des contrats n'est pas moins strict, pas moins compliqué que celui des actions judiciaires[3]. Chaque contrat comme chaque action a son nom spécial et s'individualise dans une forme distincte. On le reconnaît à première vue. Le juge ne peut ni se méprendre sur l'application de la loi, ni l'éluder : la procédure l'emprisonne entre deux formules éga-

[1] Sans doute il y avait en fait des formes usitées : on dressait des actes, on appelait des témoins, etc. Mais tout cela n'était utile que pour la preuve, non pour la perfection de l'acte.

[2] Démosthène, *c. Steph.*, II, 14-16 : « Νοσοῦντα δὲ ἢ φαρμακῶντα ἢ γυναικὶ πειθόμενον ἢ ὑπὸ μανιῶν ἢ ὑπὸ ἀνάγκης τινὸς καταληφθέντα, ἄκυρον κελεύουσιν εἶναι οἱ νόμοι. » — Platon, *Criton*, 14 : « Ἐάν τις ὑπ' ἀνάγκης ὁμολογήσας ἢ ἀπατηθεὶς ἢ ἐν ὀλίγῳ χρόνῳ ἀναγκασθεὶς βουλεὐσασθαι..... »

[3] Varon, *de Re rust.*, II, 2, 3 : « Emtor stipulatur prisca formula, sic... Cum emimus (equos) domitos, stipulamur sic..... » — Caton, *de Re rust.*, 145-151 : « Oleam legendam, hoc modo locare oportet....., faciendam, hac lege..... » — Cicéron, *de Oratore*, I, 57, 58.

lement inflexibles, le texte législatif, les paroles du contrat; la sentence est inévitable, fatale; la justice fonctionne comme une machine, elle en a la régularité et l'infaillible précision.

On s'étonnera peut-être qu'une République fière et jalouse de ses libertés se fût placée d'elle-même sous le joug d'une loi si dure et si tyrannique. Mais ces fiers républicains avaient su comprendre que plus ils seraient esclaves de la loi, plus ils seraient libres. Leur formalisme rigide était le plus ferme rempart contre l'arbitraire; ils y avaient enfermé leur liberté comme dans une citadelle imprenable, et ils ne le laissèrent tomber en ruine que quand leur liberté eut péri. Ce redoutable mécanisme de la procédure romaine, que j'ai décrit tout à l'heure, devenait entre les mains du citoyen lésé dans ses droits, l'arme la plus puissante et la plus sûre : jamais, sous aucun autre système de procédure, la réparation n'a suivi, plus infaillible et plus prompte, l'injure ou le dommage; jamais le droit individuel n'a été plus hautement consacré et plus énergiquement garanti. Cette affirmation du droit individuel est encore un des traits qui caractérisent la loi romaine et la distinguent de la loi grecque. Athènes, on l'a déjà vu, a sacrifié trop souvent les droits privés au droit de l'État, l'homme privé au citoyen. Rome, au contraire, laisse chaque père de famille maître absolu de son patrimoine, souverain exclusif dans sa maison. Chacun dispose à son gré de ses biens, soit pendant sa vie[1], soit même après sa mort : le droit de tester, qui n'est que le droit individuel élevé, pour ainsi dire, à sa suprême puissance, n'a jamais reçu si large consécration que dans les XII Tables[2]. Chacun dispose à son gré non-seulement de ses biens, mais encore de ses enfants, de sa femme, de toutes les personnes placées sous

[1] Festus, voc. *Nuncupata* : « Uti lingua nuncupassit, ita jus esto. »

[2] Ulpien, XI, 14 : « Uti legassit..., ita jus esto. » — A Athènes, on ne pouvait avoir d'autres héritiers que ses enfants, d'où ces deux conséquences : qu'on ne pouvait tester lorsqu'on laissait des enfants; qu'à défaut d'enfants, le seul moyen d'instituer un étranger, c'était de l'adopter.

sa puissance. Cette omnipotence du père de famille n'est point une création de la loi romaine : elle est, on s'en souvient, le principe même du régime patriarcal et il n'est pas un peuple qui, en remontant à ses origines, ne pût en retrouver les traces. Mais ce qui est particulier au peuple romain, ce qui est unique dans l'histoire, c'est la persistance de ces institutions primitives et de ce gouvernement patriarcal jusqu'au sein d'une société avancée et d'un État fortement organisé. Les anciens Romains considéraient sans doute les devoirs de famille comme d'une nature trop noble et trop délicate pour les livrer au contrôle indiscret des tribunaux et aux débats d'une procédure publique; le foyer domestique était pour eux un asile sacré dont aucun agent de l'État ne pouvait forcer le seuil[1], un sanctuaire impénétrable dont le législateur et le magistrat devaient respecter le mystère. Entre un père et son fils, entre un mari et sa femme, l'on ne tolérait l'entremise d'aucun pouvoir étranger[2]. De là, la toute-puissance du chef de famille. Les Romains, en la consacrant, n'avaient pas méconnu, quoi qu'on en dise, le vrai caractère des relations domestiques ni fait violence aux sentiments de la nature; ils avaient pensé que, dans les rapports d'un ordre moral comme ceux de la famille, le contrôle des lois devait faire place à celui des mœurs.

Cette démarcation tranchée entre le domaine des mœurs et celui des lois est encore l'un des traits distinctifs du droit romain et celui par lequel je vais terminer cette rapide esquisse. À Athènes, ces deux domaines se confondent : le droit, écho fidèle de la conscience publique, obéit aux mœurs et se modifie incessamment avec elles. Mais à Rome

[1] Fr. 18, 21, D., *de in j. voc.*, II, 4, et *suprà*, p. 88.

[2] Le père ne pouvait recourir aux magistrats ni à la force publique pour réduire la résistance de son fils. Le fils qui bravait l'autorité paternelle était déclaré *sacer* (Festus, voc. *Plorare*), ce qui n'était point une pénalité publique, mais plutôt une espèce d'excommunication. Ihering, t. II, § 32, note 300; cpr. t. I, § 18. — La famille romaine jouissait de la même autonomie dans l'ordre religieux : les pontifes n'avaient pas plus le droit d'intervenir dans les *sacra privata* que les magistrats dans les jugements domestiques. Rossbach, *rœm. Ehe.*, p. 14.

la loi civile, renfermée en d'étroites et rigides formules, n'est plus assez souple ni assez élastique pour se prêter à toutes les fluctuations de l'usage, à tous les tempéraments de l'équité. Enchaîné par la plus formaliste de toutes les procédures, le juge romain ne pouvait tendre une main secourable, ni au débiteur opprimé, ni au créancier circonvenu, ni au fils déshérité, ni à l'épouse répudiée. Mais l'équité, bannie du domaine du droit et de l'enceinte des tribunaux, trouvait dans les mœurs publiques un asile et une protection efficace. En conservant les institutions de l'époque patriarcale, les Romains en avaient aussi conservé les mœurs rudes et austères, et l'on eût pu leur appliquer le mot de Tacite : « Les bonnes mœurs étaient plus puissantes chez eux que ne le sont ailleurs de bonnes lois[1]. » Chez tous les peuples qui savent être libres et se gouverner eux-mêmes, les mœurs sont d'autant plus tyranniques que les lois laissent plus d'indépendance, et c'est ainsi que la liberté trouve en elle-même son contre-poids. Rome ancienne en est un exemple éclatant : jamais la foi promise ne fut plus religieusement gardée que sous une loi qui permettait de manquer à sa promesse lorsqu'une inexactitude s'était glissée dans la formule du contrat[2]; jamais les liens de famille ne furent plus étroits et plus indissolubles que sous une loi qui permettait de répudier sa femme, de vendre son fils et de tuer l'un et l'autre[3]. Les mœurs formaient un élément si essentiel dans l'ancienne constitution romaine, qu'elles avaient, tout comme les lois, leurs organes

[1] *De mor. Germ.*, 19. — « Moribus antiquis stat res romana virisque, » disait Ennius.

[2] « Ayez à confier, dit Polybe (VI, 56), un seul talent à la garde d'autrui : en Grèce, il vous faudra dix écrits, dix sceaux, vingt témoins, et vous serez encore trompé; à Rome, vous n'aurez d'autre garantie que la parole du dépositaire, et le dépôt sera religieusement gardé. »

[3] Tous les auteurs anciens s'accordent à dire que, dans les cinq premiers siècles, il n'y eut pas un seul divorce. Aulu-Gelle, IV, 3; XVII, 21; Denys d'Hal., II, 25; Valère Max., II, 1, 4; Plutarque, *Comp. Thes. c. Rom.*, VI, 5. — Voy. Savigny, *ü. d. erste Ehescheid. in Rom. Verm. Schr.*, Berlin, 1850, t. I, p. 81. — * Cp. Esmein : la *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain (Revue générale du droit, 1883).

officiels, et, pour ainsi dire, leurs tribunaux. Ces tribunaux qui, dépourvus de toute autorité juridique et de tout pouvoir coërcitif proprement dit, n'avaient que l'équité pour guide et que la force de l'opinion pour autorité, c'étaient, dans la famille, le conseil des proches, et dans la cité, le censeur. Je reviendrai plus loin sur le conseil de famille; quant au censeur, sa mission était de réprimer par son blâme toutes les iniquités que la loi laissait impunies : il ne rendait pas de jugements, n'avait ni code, ni jurisprudence; sa sentence, expression de l'opinion publique, était toujours révocable, et la condamnation qu'il prononçait n'était qu'un simple blâme[1]. En un mot, entre l'office du censeur, gardien des bonnes mœurs, et l'office du juge, exécuteur des lois, le contraste est absolu, et ce contraste est la réalisation et comme l'expression vivante d'un grand principe : la sépation du droit d'avec la morale.

C'est en se dégageant ainsi de tout élément étranger que le droit a acquis cette consistance, cette solidité à toute épreuve, ces formes régulières et pour ainsi dire géométriques, que nous admirons dans la loi romaine. Dès lors seulement la science du droit a été fondée. Jusque-là, confondu avec la religion, avec les mœurs, avec la vie même des peuples, le droit ne pouvait fournir encore la matière d'une science spéciale et précise. C'est aux Romains que revient l'éternel honneur d'avoir dégagé cette science et de l'avoir enseignée au monde.

Avec cette juridiction sacerdotale, ces lois immobilisées dans d'inflexibles formules, ces mœurs sévères, cette organisation toute patriarcale de la famille, ne peut-on pas deviner et prédire quelle va être la condition de la femme? Rappelez-vous seulement ce qu'elle était au temps des pa-

[1] Cicéron, *pro Cluent.*, 42; Varron, *de Ling. lat.*, V, p. 58 (éd. Gothofr.). Le censeur rendait des édits, mais non des *edicta perpetua*, comme le préteur. — Quant à la différence entre le censeur de Rome et le γυναικονόμος d'Athènes, Cicéron l'a très-finement marquée (*de Republ.*, IV, 6, ed. Leclerc) : « Nec vero mulieribus præfectus præponatur qui apud Græcos creari solet, sed sit *censor* qui viros edoceat mulieribus moderari. »

triarches, vous allez retrouver dans la Rome des Fabius et des Catons les mêmes lois et les mêmes mœurs.

Si vous consultez d'abord les juristes, qui, d'ordinaire, n'étudient les institutions que dans les textes législatifs, ils vous dépeindront avec les couleurs les plus sombres la condition de la femme dans l'ancienne Rome : privée de toutes ces garanties protectrices que lui ménageait la douceur des lois grecques, livrée sans défense au despotisme d'un père ou d'un mari qui avait sur elle droit de vie et de mort, vendue, achetée, acquise par une longue possession, revendiquée en justice comme l'esclave ou la brute, son incapacité et sa servitude ne finissaient qu'avec la vie; elle n'échappait à la tyrannie de son époux ou de son père que pour tomber sous celle de ses agnats.

Mais si, laissant un instant de côté les formules juridiques, vous regardez ce qu'était la femme dans les mœurs, dans la vie sociale, en un mot dans la réalité, vous voyez, pour ainsi dire, la scène changer tout à coup : ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la mère de famille, vénérée des esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison, et au dehors étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et des conseils du Sénat. Les Romains n'avaient pas relégué la femme dans la solitude et le silence du gynécée : ils l'admettaient dans leurs théâtres, à leurs fêtes, à leurs repas[1]; partout une place d'honneur lui était réservée; chacun lui cédait le pas, le consul et les licteurs se rangeaient à son passage[2]. Au reste, on la rencontrait rarement sur la place publique ou dans les réunions populaires : aussi sédentaire par vertu que la femme grecque l'était par contrainte, sa place habi-

[1] Corn. Népos, *Præf.* : « Quem enim Romanorum pudet uxorem ducere in convivium? aut cujus non mater primum locum tenet ædium?.... Aliter in Græcia... » Cpr. Ihering, t. II, p. 208 et suiv.; Becker, *Gallus*, Leipsick, 1863 (3e édit.), t. II, p. 6 et suiv.; Marquardt, *Handbuch d. rœm. Privatalterthümer*, Leipsick, 1864, p. 54 et suiv.

[2] Plutarque, *Romul.*, 20.

tuelle était près du foyer domestique, dans l'*atrium*[1]. L'atrium n'était point, comme le gynécée, un appartement reculé, un étage supérieur de la maison, retraite cachée et inaccessible. C'était le centre même de l'habitation romaine, la salle commune où se réunissait la famille, où étaient reçus les amis et les étrangers[2]; c'est là, près du foyer, que s'élevait l'autel des dieux lares[3], et autour de ce sanctuaire était réuni tout ce que la famille avait de précieux ou de sacré : le lit nuptial[4], les images des ancêtres, les toiles et les fuseaux de la mère de famille, le coffre où étaient serrés les registres domestiques et l'argent de la maison[5]. C'est sous la garde de la femme qu'étaient placés tous ces trésors; elle offrait, comme le chef de famille lui-même, les sacrifices aux dieux lares[6]; elle présidait aux travaux intérieurs des esclaves; elle dirigeait l'éducation des enfants qui, jusque dans l'adolescence, restaient longtemps encore soumis à sa surveillance et à son autorité[7]; enfin, elle partageait avec le mari l'administration du patrimoine et le gouvernement de la maison. « En ces temps-là, dit Columelle, l'épouse rivalisait d'activité et de zèle avec son époux, cherchant à augmenter par ses soins et sa diligence les richesses de la famille. On ne voyait rien chez eux que l'un ou l'autre considérât comme sa propriété particulière; tout entre eux était confondu, et les efforts de chacun ne tendaient qu'au bien commun du ménage[8]. » Dès le moment

[1] C'est l'éloge habituel qu'on lit dans les inscriptions tumulaires : « Lanifica, pudica, domiseda. » Zell, n. 540; Orelli, n. 4639. — « Domum servavit, lanam fecit. » Orelli, n. 4848. — Tite-Live, I, 57; Arnobe, II, 67.

[2] Caton, *ap. Serv., ad Æneid.*, I, v. 730; Horace, *Satyr.*, II, VI, v. 65.

[3] Schol., *ad Horat., Epod.*, II, v. 43 : « Juxta focum Dii penates positi fuerunt. » C'était d'ordinaire une figurine de bois dans une petite niche, près du foyer. Tibulle, I, x, v. 20.

[4] *Lectus* GENIALIS (Festus, *h. v°*), c'est-à-dire consacré aux génies de la maison, aux lares.

[5] Polybe, VI, 53; Servius, *ad Æneid.*, I, v. 730; IX, v. 648, Asconius, *ad Cic. Mil.*, 5 (ed. Orelli, p. 43).

[6] Macrobe, I, XV, 22 : « Nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci et rem facere divinam. »

[7] Tacite, *Dialog.*, 28; Pline, *Epist.*, VII, 24; Horace, *Od.*, III, VI, v. 29-32.

[8] Columelle, XII, pr. : « ... Nihil conspiciebatur in domo dividuum,... sed in

où la nouvelle épouse avait mis le pied dans l'atrium de son mari, elle était associée à tous ses droits ; c'est ce qu'exprimait une antique formule : à l'instant de franchir le seuil de sa nouvelle demeure, la mariée adressait à l'époux ces paroles sacramentelles : « *Ubi tu Gaïus, ibi ego Gaïa,* — là où toi tu es maître, moi je vais être maîtresse[1]. » La femme devenait maîtresse, en effet, de tout ce dont le mari était maître[2]; chacun dans la maison l'appelait *domina,* le mari lui-même[3]; et Caton l'Ancien ne faisait qu'exagérer une observation judicieuse, lorsqu'il s'écriait plaisamment : « Partout les hommes gouvernent les femmes; et nous qui gouvernons tous les hommes, ce sont nos femmes qui nous gouvernent[4]. »

Cette influence de la femme ne s'exerçait pas seulement dans l'ombre du foyer et dans le cercle étroit des intérêts domestiques. A chaque page de l'histoire romaine, on voit la femme apparaître. En vain les lois l'ont-elles exclue de toute participation aux affaires publiques[5]; sans cesse son intervention, apparente ou cachée, décide des destinées de l'État. Il semble même que les Romains se soient complus, dans leurs annales ou leurs légendes, à attacher le nom d'une héroïne à chacun de leurs plus glorieux souvenirs; et si l'on en croyait l'histoire traditionnelle, Rome ne serait pas moins redevable à la vertu de ses matrones qu'à la sagesse de ses législateurs ou au courage de ses guerriers. C'est le dévouement conjugal, la piété filiale des Sabines qui, unissant le Sabin au Latin, a formé la nation romaine;

commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis industria rationem parem faceret. » Voyez aussi l'inscription de Thuria (Mommsen, *Zwei Sepulchralreden,* Berlin, 1864), I, 38; II, 37 : « ... Neque patrimonii nostri, quod adhuc fuerat commune, separationem facturam; ... nihil sejunctum, nihil separatum te habituram. »

[1] Plutarque, *Quæst. rom.,* 30; Rossbach, *rœm. Ehe,* p. 352 et suiv.

[2] Denys d'Hal., II, 25 : « Σωφρονοῦσα μὲν οὖν καὶ πάντα τῷ γεγαμηκότι πειθομένη γυνὴ, κυρία τοῦ οἴκου τὸν αὐτὸν τρόπον ἦν ὅνπερ ὁ ἀνήρ. »

[3] Épictète, *Enchirid.,* 40; Dig., XXXII, fr. 41, pr. : « ... Peto a te, domina uxor... »

[4] Plutarque, *Reg. Apophthegm.* (ed. Didot, t. III, p. 240).

[5] Aulu-Gelle, V, 19 : « Cum feminis nulla comitiorum communio. »

c'est à la chasteté de Lucrèce, c'est à l'innocence de Virginie que Rome, deux fois asservie par les Tarquins et par les décemvirs, dut deux fois l'occasion de sa délivrance; les prières d'une épouse et d'une mère purent seules fléchir Coriolan et sauver la république; les adroites suggestions d'une épouse ambitieuse surent inspirer à Licinius la loi célèbre qui consacra le triomphe de la démocratie romaine; et les derniers héros de cette démocratie, les deux Gracques, furent formés par l'éducation, guidés par les conseils d'une mère. Ce qui est surtout digne de remarque, c'est que ces héroïnes de l'ancienne Rome ne sont jamais, comme en Grèce, des courtisanes; ce sont toujours des vierges pures, des épouses fidèles, des mères dévouées, et c'est leur inviolable attachement aux modestes devoirs, aux humbles vertus de leur sexe, qui fait toute leur grandeur. Que tous ces récits soient à demi légendaires, il n'importe : dans ces légendes mêmes, je vois l'expression naïve d'un sentiment populaire, j'y trouve un témoignage irrécusable du respect et des honneurs dont les Romains des premiers siècles entouraient leurs épouses et leurs mères. Ils avaient compris que les vertus du foyer sont aussi essentielles à la conservation d'un empire que les vertus civiques ou guerrières, et toute l'histoire confirme le beau témoignage que Sénèque leur rendait plus tard et dans des temps moins heureux : c'est que pour eux « la débauche était, non pas un vice, mais une monstruosité [1]. »

Ces considérations générales étaient nécessaires pour nous préparer à l'intelligence des textes législatifs. Mieux éclairés maintenant sur l'esprit et la portée de ces textes, nous pourrons déterminer avec précision quelle était, aux quatre premiers siècles de Rome, la capacité juridique, soit de la fille et de la veuve, soit de la femme mariée.

[1] « Seculum quo impudicitia monstrum erat, non vitium. » Sénèque, *Fragm.*, XIII, 70 (ed. Haase).

II.

La femme, hors des liens du mariage, était placée sous l'autorité de son père ou sous celle d'un tuteur.

L'autorité du père était absolue. Tous les membres de l'ancienne famille romaine, père, mère, enfants, bèlles-filles, formaient une étroite association et ne faisaient plus qu'une seule personne juridique. Tous les biens qui entraient dans la famille se confondaient en une sorte de communauté et ne faisaient plus qu'un seul patrimoine[1]. Le seul chef de cette association, le seul maître de cette communauté, c'était le père.

Jusqu'ici, nous ne voyons apparaître aucune différence entre les enfants des deux sexes : la puissance paternelle pèse d'un poids égal sur le fils et sur la fille, et les tient l'un et l'autre abaissés sous le même niveau. D'ailleurs la fille peut, comme le fils, souscrire, sans aucune autorisation, un engagement valable[2]; comme le fils, elle a sa part dans le patrimoine domestique, part assurée et qu'une exhérédation solennelle pourra seule lui ravir[3]. Plus libérale, en effet, que la loi orientale ou la loi grecque, la loi romaine accorde à la fille et au fils des droits égaux sur l'héritage paternel.

Mais sitôt que la puissance paternelle a disparu, les différences juridiques entre les deux sexes commencent à se produire : le fils, pourvu qu'il soit pubère, devient indépendant et maître de ses droits; la fille, au contraire, quel

[1] Cicéron, *de Offic.*, I, 17 : « Prima societas in ipso conjugio est, proxima in liberis; deinde una domus, communia omnia. »

[2] Fr. 9 § 2, D. XIV, 6; fr. 141 § 2, D. XLV, 1; Savigny, *System, Nachtrag.* — * V. cependant Gaius (*Studemund*), III, 104.

[3] A l'origine, la formule d'exhérédation était la même pour les deux sexes. L. 4, C. VI, 28. Quant aux distinctions introduites plus tard par les subtilités de la jurisprudence, elles ne sont point fondées sur le sexe, puisque les mêmes règles établies pour les filles s'appliquent en général aux descendants mâles du second degré. Ulpien, XXII, 14 et suiv.; Gaius, II, 123 et suiv.

que soit son âge, retombe toujours sous la puissance d'un tuteur et y demeure toute sa vie.

Qu'était-ce que cette tutelle perpétuelle des femmes, que les Romains eux-mêmes considéraient comme l'une des institutions les plus originales de leur droit[1]? était-ce une tutelle protectrice comme celle des enfants mineurs? était-ce un pouvoir despotique comme celui du père de famille[2]? Ni l'un ni l'autre; pour en saisir le vrai caractère, il nous suffira, je crois, de remonter aux causes qui l'ont fait établir.

Dans la constitution presque patriarcale de l'ancienne Rome, la conservation des familles était d'un haut intérêt public, et les lois avaient tout fait pour l'assurer. Les liens domestiques, si étroits tant que vivait le chef de la maison, n'étaient point rompus à sa mort : les biens héréditaires, en se partageant entre les enfants, n'en restaient pas moins le patrimoine de la famille; ils demeuraient affectés à une dette commune, le culte perpétuel dû aux mânes des ancêtres et aux lares du foyer. Mais supposez que, parmi les enfants, il se trouve une fille : la part héréditaire qu'elle va recueillir ne sera plus en sûreté entre ses mains : il est à craindre qu'elle ne cherche un jour à appauvrir sa propre famille pour enrichir la famille étrangère à laquelle son mariage l'aura unie. C'est pour parer à ce danger, c'est pour perpétuer dans chaque famille, avec la conservation des biens patrimoniaux, le souvenir des ancêtres et la dignité ou la gloire de la maison, que les Romains privèrent la femme de la libre disposition de ses biens et la soumirent à la tutelle perpétuelle de ses agnats. Cette tutelle ne fut donc pas établie dans l'intérêt de la femme, pour subvenir à sa faiblesse et à son incapacité naturelle; elle fut établie contre elle et dans l'intérêt du tuteur lui-même.

[1] Gaius, I, 193. Cpr. Otto, *de perp. femin. tutela,* Duisb. ad Rh., 1791 ; Lœhr, *v. d. Tutel über Weiber,* etc. (*Magazin f. Rechtsw.,* t. I, p. 407, Giessen, 1820), Savigny, *Beitr. z. Gesch. d. Geschlechtstutel* (*Verm. Schr.,* t. I, p. 262, Berlin; 1850). — * Voigt : *Die XII Tafeln,* 1883-4, §§ 110-113.

[2] On serait tenté de l'induire des expressions de Tite-Live (XXXIV, 2, 7) : « ... Feminas... in manu esse parentum, fratrum, virorum... Filiæ, uxores, sorores etiam... in manu erunt... Nunquam exuitur servitus muliebris. »

Cette opinion, il faut bien que je l'avoue, a rencontré plus d'un contradicteur, même dans l'antiquité : Cicéron, Ulpien, Isidore de Séville, s'accordent à dire que, si la loi a mis les femmes en tutelle, « c'est à cause de la faiblesse de leur sexe, de leur ignorance, de leur inexpérience, de leur légèreté [1]. » Mais écoutons Gaius, le seul auteur, parmi les anciens, chez lequel nous trouvions la question discutée et approfondie. « L'opinion vulgaire, dit-il, est que les femmes doivent être régies par des tuteurs, parce qu'elles ont l'esprit trop léger pour se gouverner elles-mêmes; mais cette raison est plus spécieuse que solide... Cette tutelle a été établie dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes, et afin que la femme, dont ils sont héritiers présomptifs, ne puisse ni leur ravir son héritage par un testament, ni l'appauvrir par des aliénations ou par des dettes [2]. »

Est-il besoin d'ajouter quelque preuve à l'autorité de Gaius? en voici une qui me semble péremptoire. La femme placée sous la puissance paternelle, je l'ai montré tout à l'heure, pouvait, sans autorisation, contracter des engagements valables; au contraire, une fois en tutelle, voilà qu'elle ne peut plus faire de dettes sans l'autorisation de son tuteur. Pourquoi cette bizarre contradiction? pourquoi la femme, capable de s'obliger tant qu'elle est sous le pouvoir d'un père, devient-elle incapable dès qu'elle est affranchie de ce pouvoir? Dans les deux cas, évidemment, sa légèreté, sa faiblesse est la même; l'unique différence, la voici : la fille en puissance paternelle n'a point de biens, et, en s'obligeant, elle ne peut obliger que sa personne; mais la fille orpheline ou émancipée a un patrimoine; si elle s'obligeait, elle engagerait son patrimoine et nuirait par là à sa famille, à ses futurs héritiers. Ceci nous révèle l'esprit de la loi : la femme n'est mise en tutelle qu'autant qu'elle a un héritage à laisser, c'est pour protéger ses héri-

[1] Cicéron, *pro Murena*, 12 : « ... propter infirmitatem consilii. » — Ulpien, XI, 1 : « ... propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam. » — Isidore, XI, 8 : « ... propter animi levitatem. » — Voy. aussi Gaius, I, 144.

[2] Gaius, I, 190-192.

tiers et non pour la protéger elle-même que cette tutelle est établie.

On devine, d'après cela, à qui la loi va déférer cette tutelle : ce ne peut être qu'aux héritiers présomptifs de la femme, c'est-à-dire à ses agnats, à sa *gens*[1]; si c'est une esclave affranchie, à ses patrons. Pour ces tuteurs légitimes, la tutelle n'est point une charge, c'est un droit, une propriété de famille[2] : ils n'ont aucun compte à rendre; fussent-ils infirmes, impubères, en état de démence ou de folie, ils n'en conserveraient pas moins leur droit à la tutelle, sauf à la faire provisoirement gérer par autrui[3]. Mais, s'ils ne peuvent être privés de ce droit, ils peuvent s'en dessaisir d'eux-mêmes et le transmettre à autrui comme leur bien : le tuteur légitime dispose de sa tutelle par une *in jure cessio*, comme il dispose de sa maison ou de son champ[4].

Gardons-nous cependant d'assimiler l'autorité du tuteur au pouvoir absolu du père de famille. Cette autorité a ses limites, rigoureusement déterminées par le but même de la tutelle : le tuteur a tous les pouvoirs nécessaires pour sauvegarder le patrimoine de la femme, rien de moins, mais rien de plus.

Ainsi, en premier lieu, son autorité ne s'étend que sur les biens de la femme, non sur sa personne. Il n'a point à contrôler la conduite de sa pupille, ni à veiller sur ses mœurs, ni à s'ingérer dans les actes qui, n'affectant que sa condition personnelle, laisseraient intact son patrimoine. On en a un exemple dans le mariage : toutes les conventions pécuniaires dont le mariage est le plus souvent accompagné, devront être autorisées par le tuteur; son consentement sera nécessaire, soit pour la constitution de la dot, soit pour la *conventio in manum* qui entraîne, comme on le verra bientôt, une sorte de communauté universelle.

[1] Inscr. de Thuria, I, 21-24.

[2] Aussi peut-elle faire l'objet d'une revendication, *in jure cessio*. Gaius, I, 168.

[3] Gaius, I, 177, 180, 191; Ulpien, XI, 20, 21.

[4] C'est en ce cas l'exercice du droit qui se transmet plutôt que le droit lui-même. Gaius, I, 169; Ulpien, XI, 7.

Mais quant au mariage lui-même, en quoi pourrait-il intéresser le tuteur? en quoi pourrait-il nuire à la famille, puisque, à la mort de la femme, ce ne seront pas ses enfants, mais ses agnats qui devront lui succéder? Aussi l'autorisation du tuteur n'est-elle requise, ni pour la célébration du mariage, ni pour le choix du mari. C'est la femme elle-même qui choisit son époux, assistée parfois, suivant son âge, du conseil de sa mère et de ses plus proches parents [1].

Ce n'est pas tout : parmi les transactions pécuniaires, il n'en est qu'un certain nombre qui réclament l'intervention du tuteur. Ulpien nous en donne la liste [2], et nous pouvons séparer en deux classes les divers actes qu'il énumère : celle des actes non solennels et celle des actes solennels.

Dans la première classe, nous ne trouvons que les aliénations de *res mancipi,* soit directes, soit indirectes (obligations) [3]. Qu'appelait-on *res mancipi?* c'étaient les maisons,

[1] Il est constant, en premier lieu, que l'affranchie pouvait se marier sans le consentement de son tuteur légitime, c'est-à-dire de son patron; autrement le patron n'aurait pas eu besoin d'exiger de son affranchie le serment qu'elle ne se marierait point malgré lui, et l'usage abrogé par la loi *Æ. Sentia* n'aurait jamais pu s'établir. Fr. 6, § 3 et 4, D. XXXVII, 14; fr. 31, 32, D. XL, 9. Quant à la tutelle légitime des agnats, comme elle a disparu plus tôt que celle des patrons, nous n'avons plus de témoignage aussi certain. Le seul document à ce sujet est le passage suivant de Tite-Live (IV, 9) : l'historien raconte qu'à Ardée, vers l'an 440 de Rome, la main d'une jeune fille était recherchée à la fois par deux prétendants entre lesquels se partageaient sa mère et ses tuteurs : « Ventum in jus est; postulatu audito matris tutorumque, magistratus *secundum parentis arbitrium* dant jus nuptiarum. » On voit que, si les tuteurs interviennent, c'est seulement comme membres d'un conseil de famille où ils n'ont pas même voix prépondérante.

[2] Ulpien, XI, 27 : « Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus : si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertæ suæ permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi alienent. » Cpr. Stemann, *über d. Geschæfte b. w. d. auctoritas d. muliebris tutor erforderlich war* (Sell-Jarbüch., III, 2, Brunswick, 1845).

[3] « Si rem mancipi alienent, — si se obligent. » Cpr. Gaius, II, 47; Vatic. fr., 259; Cicéron, *pro Flacco,* 34; *ad Attic.,* I, 5. — Ulpien ajoute : « Si libertæ permittant in contubernio alieno morari » (cpr. Paul, *Sent.,* II, 21). On peut en déduire que la femme en tutelle ne pouvait renoncer d'aucune manière à ses droits de patronage, car ces droits, non moins que les biens patrimoniaux, se conservaient dans les familles et contribuaient à la richesse et à la puissance d'une maison.

les champs, les servitudes rurales, les esclaves, les bêtes de trait ou de labour[1], en un mot la terre et ce qu'il y a de plus nécessaire pour l'exploiter; c'étaient là les biens patrimoniaux et comme les propres de la famille; placés sous la garde vigilante et intéressée du tuteur, leur conservation était assurée. Mais en dehors de ce patrimoine réservé auquel elle ne pouvait porter atteinte, la femme conservait encore un large champ d'administration : elle pouvait acquérir toute espèce de biens, disposer des fruits de son champ et par conséquent le donner à ferme, disposer de ses deniers, et par conséquent payer ses dettes, recouvrer ses créances, prêter, acheter, commercer, faire des dons manuels[2].

Pour les actes solennels, au contraire, la loi ne fait plus de distinction et l'autorisation du tuteur est toujours requise[3]. Cette règle, au premier abord, paraît si peu en harmonie avec la précédente, que l'on en a cherché la raison dans des considérations étrangères aux principes de notre tutelle : on a dit que les actes solennels, accomplis d'ordinaire devant le magistrat ou devant des témoins qui représentaient le peuple romain, tenaient de trop près aux actes politiques pour être permis à d'autres qu'aux citoyens, et que, comme la femme était exclue des comices, elle devait être aussi exclue du forum. Mais il n'est pas vrai que l'enceinte judiciaire fût toujours fermée à la femme, même à l'époque où tout procès revêtait la forme d'une *legis actio :* non-seulement elle pouvait toujours comparaître en justice accompagnée de son tuteur; mais elle pouvait même y comparaître seule, soit comme témoin, soit comme représentant d'autrui[4], c'est-à-dire toutes les fois que son intérêt personnel n'était pas en jeu. Elle pouvait aussi faire seule certains

[1] Ulpien, XIX, 1; Gaius, II, 15.

[2] La femme peut aliéner sa créance en donnant quittance, parce que cette créance est *res nec mancipi*. Cicéron, *Topic.*, 11; Gaius, II, 81, 83, 85; III, 171.

[3] « Si lege agant, si civile negotium gerant. »

[4] Cicéron, *in Verr.*, Act. II, L. I, 37; L. IV, 45. — Ce ne fut que plus tard que le prêteur défendit aux femmes de postuler pour autrui. Valère Max., VIII, III, 2; fr. 1, § 5, D. III, 1. — Cpr. Plutarque, *Lycurg. et Num. comp.*, III, 9.

actes solennels, une mancipation, par exemple, lorsqu'elle était sous la puissance paternelle [1]; ici encore l'acte ne pouvait porter atteinte à son patrimoine, puisqu'elle n'en avait pas. Voilà des cas où l'autorisation du tuteur n'est plus nécessaire, bien que l'acte soit solennel; et ces cas sont précisément ceux où l'acte ne peut entraîner pour la femme aucune diminution de patrimoine. N'est-il pas permis d'en conclure que, si le tuteur doit intervenir en général dans de tels actes, ce n'est point à cause des solennités qui les entourent, c'est à cause de l'aliénation qu'ils peuvent contenir?

Mais une difficulté reste encore : si tel est le vrai motif de la loi, pourquoi a-t-elle confondu, dans une même disposition générale, les actes solennels qui diminuent le patrimoine de la femme, et ceux qui ne font que le conserver ou l'enrichir? Pourquoi ne pas distinguer plutôt si la succession qu'accepte la femme est obérée ou opulente? si la mancipation qu'elle accomplit constitue un sacrifice de sa part ou une libéralité en sa faveur? C'est que de pareilles distinctions, sans doute, eussent été incompatibles avec les principes étroits et rigoureux du formalisme antique. Ces principes veulent que, dans un contrat solennel, on ne tienne compte que de la forme extérieure de l'acte, et non de ses caractères intrinsèques et économiques. Que, dans une mancipation, le prix soit réel ou soit fictif, que, dans une *cretio*, la succession soit riche ou soit onéreuse, peu importe au point de vue d'un droit formaliste; car, si la nature économique de l'acte a changé, sa forme est toujours la même. La loi ne pouvait donc distinguer : il suffisait que l'acte, considéré en général, et, pour ainsi dire, *in abstracto*, pût renfermer *parfois* une aliénation, pour que la loi dût le soumettre *toujours* à l'autorisation du tuteur.

Au reste, qu'on le remarque bien, le rôle du tuteur, dans tous ces cas, ne consiste point à prendre la place de la femme et à la représenter, mais à comparaître à côté d'elle ou derrière elle et à l'assister. C'est la femme qui pro-

[1] Ulpien, XIX, 18; Gaius, II, 90; cpr. 96.

nonce elle-même la formule juridique; c'est elle qui accomplit le rite solennel, qui touche de la baguette symbolique l'esclave affranchi, qui frappe du lingot d'airain le plateau de la balance; c'est elle qui, dans la *conventio in manum*, se vend elle-même à son époux[1]. Que le tuteur se tienne près d'elle, qu'il prononce au moment décisif la formule *auctor fio*, et son rôle est rempli[2].

Toutefois, il est un acte où l'incapacité de la femme est absolue, c'est le testament[3] : fût-elle autorisée par tous les tuteurs légitimes, la femme ne peut tester; et cette exception elle-même est encore en parfaite harmonie avec l'esprit général de la loi. Les actes entre-vifs, en effet, peuvent, tout en causant à la famille un préjudice indirect, être nécessaires ou utiles à la femme elle-même[4]; ces actes devaient donc être soumis à un contrôle, mais non frappés d'une interdiction. Au contraire, l'effet direct, le but unique du testament, c'est le dépouillement de la famille; le testament de la femme est en opposition flagrante avec le vœu de la loi; permettre au tuteur d'y consentir, ce serait lui permettre de sacrifier à une complaisance coupable les intérêts sacrés de la famille dont il est le gardien. La prohibition absolue de la loi devait donc remplacer ici le libre contrôle du tuteur.

Et cependant, l'on rencontre un cas où la femme peut tester pourvu que son tuteur l'y autorise, le cas où elle a subi une *capitis minutio*. Qu'est-ce à dire? la loi va-t-elle être infidèle à son principe et laisser ici les intérêts de la famille en péril? Loin de là, et c'est notre principe, au contraire, qui va, je crois, nous donner le secret de cette disposition si mal comprise. La *capitis minutio* n'est autre chose qu'un changement de famille; pour la femme, c'est l'événement qui la place dans une maison étrangère, brise ses liens de parenté, et prive ses anciens agnats de tout

[1] Gaius, I, 115, 195; Cicéron, *pro Flacco*, 34.

[2] Ulpien, XI, 25. Voy. aussi au Digeste, le titre *de auct. tut.*, XXVI, 8.

[3] Cicéron, *Topic.*, 4; Gaius, I, 115 a.

[4] La donation, par exemple, pour établir ses enfants, ou se doter elle-même.

droit à sa tutelle et à sa future succession. Mais si la femme n'a plus ses agnats pour héritiers présomptifs, ne pourra-t-elle pas du moins tester en leur faveur et faire ainsi rentrer dans sa famille ses biens qu'un accident en a fait sortir[1]? Elle le pourra, et c'est pour lui ouvrir cette faculté que le droit de tester lui est accordé par exception dans de telles circonstances. Tout s'explique donc : c'est dans l'intérêt de la famille que loi retirait à la femme le droit de tester, c'est dans l'intérêt de la famille qu'elle lui restitue ce droit; la femme ne peut tester si ses agnats sont ses héritiers présomptifs, elle peut tester si son testament est nécessaire pour appeler ses agnats à sa succession.

Je n'ai parlé jusqu'ici que de tuteurs légitimes. Mais il est d'autres espèces de tuteurs, et les jurisconsultes romains mentionnent en première ligne les tuteurs testamentaires[2]. Un dernier mot à ce sujet.

Le père de famille, souverain dans sa maison, pouvait, on l'a déjà vu, disposer à son gré du patrimoine domestique; il pouvait priver son fils de toute part héréditaire, il pouvait, à plus forte raison, s'il laissait un fils et une fille, priver le fils de tout droit de contrôle et de surveillance sur la part héréditaire de sa sœur en soustrayant sa sœur à sa tutelle. Que devait-il faire pour cela? donner dans son testament la tutelle de sa fille à un étranger : c'est là la tutelle testamentaire. Cette tutelle, c'était, pour la femme, presque l'indépendance : le tuteur testamentaire étant étranger à la famille et n'ayant aucun droit sur la succession de sa pupille, quel intérêt pouvait-il avoir à la gêner dans la disposition de son patrimoine? Permettre au père de famille de choisir pour sa fille un tuteur, c'était au fond lui permettre d'affranchir sa fille de toute tutelle sérieuse et efficace. Je m'arrête ici : je ne dirai pas comment cette tu-

[1] Si, par exemple, la femme *quæ convenerat in manum*, n'avait pas eu d'enfants de son mariage, ses frères se seraient trouvés exclus de sa succession par les cousins les plus éloignés du mari. Le cas de *noxæ deditio* eût peut-être pu produire un résultat plus inique encore. Cpr. Ihering, t. I, p. 191; t. III, p. 270.

[2] Gaius, I, 144, 145, 148.

telle testamentaire a servi de type à d'autres tutelles de même nature; comment, par les usurpations de ces diverses tutelles nominales, la vraie tutelle, celle de la famille, a été peu à peu restreinte et dépossédée. Ce ne serait plus décrire cette institution, ce serait en raconter la décadence et la chute, et ce récit trouvera sa place plus loin.

III.

Jamais les législateurs chrétiens n'ont mieux défini le mariage que ne l'avaient fait les jurisconsultes de l'ancienne Rome : « C'est l'union de deux vies, la confusion de deux patrimoines, la mise en commun de tous les intérêts temporels et religieux[1]. » Dans cette antique notion du mariage apparaissent déjà les deux principes qui font le fondement du mariage chrétien et moderne, l'indissolubilité du lien conjugal et la monogamie.

Nous avions retrouvé en Grèce quelque chose de la polygamie orientale. En Italie, au contraire, la monogamie est aussi ancienne que la fondation de Rome. Elle est entrée si profondément dans les mœurs des Romains que, lorsqu'ils ont introduit plus tard dans leurs institutions une forme plus libre d'union conjugale, le concubinat, ils l'ont soumis, tout comme le mariage légitime, à la loi de la monogamie. Et cette loi ne peut point être éludée, comme à Athènes, par la légitimation des enfants naturels; l'ancien droit romain exclut à toujours l'enfant naturel de l'enceinte de la famille, il n'admet ni légitimation, ni reconnaissance, et, pour qu'aucune légitimation détournée ne puisse se cacher sous le masque de l'adoption, il subor-

[1] Modestin, fr. 1, D. XXIII, 2 : « Consortium omnis vitæ, individuæ vitæ consuetudo, divini et humani juris communicatio. » — Tite-Live, I, 9; « Societas fortunarum omnium civitatisque. » — Denys d'Hal., II, 25 : « Κοινωνία ἁπάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. » — Crupen, *de uxore romana*, Hanov., 1727.

donne l'adoption elle-même à une enquête des pontifes et à la ratification du peuple tout entier[1].

Le principe de la monogamie a son complément naturel dans l'indissolubilité du mariage; car la monogamie avec la faculté du divorce n'est, comme on l'a dit, qu'une sorte de polygamie successive. Le mariage est indissoluble dans l'ancienne Rome. Sans doute cette indissolubilité n'est point écrite dans la loi[2] : la législation romaine, nous l'avons vu, n'a point voulu toucher à l'indépendance de la famille ni resserrer par une contrainte légale les liens que l'affection naturelle avait formés. Mais si le divorce est autorisé par les lois, il est interdit par la religion et par les mœurs : l'homme qui répudie sa femme est déshonoré par le blâme du censeur; il est excommunié par le prêtre, et ne peut racheter sa faute qu'en déposant une partie de ses biens sur l'autel des divinités qui ont présidé à son union[3]. Cette sanction morale fut plus efficace que ne l'a jamais été celle des lois : le divorce n'était pas illégal, mais il était moralement impossible, et tous les auteurs de l'antiquité s'accordent à dire que, durant cinq siècles, l'on n'en vit pas un seul exemple[4].

Il suffit de rappeler ces deux principes fondamentaux et aussi anciens que Rome elle-même, la monogamie, l'indissolubilité du mariage, pour montrer ce que vaut l'opinion vulgaire qui représente la puissance maritale dans l'ancienne Rome comme la plus odieuse des tyrannies[5]. Il est difficile

[1] Gaius, I, 99. — Les pontifes devaient s'enquérir, entre autres choses, de la *moralité* de l'adoption. Cicéron, *pro domo*, 13, 14; Aulu-Gelle, V, 19.

[2] Les XII Tables réglaient au contraire les formes du divorce. Cicéron, *Philipp.*, II, 28 : Mimam suam suas res sibi habere jussit ex XII Tabulis. » —* Cpr. Esmein, la *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain (*Revue générale du droit*, 1883).

[3] Valère Max., II, IX, 2 : « Censores L. Antonium senatu moverunt quod quam virginem in matrimonium duxerat, repudiasset, nullo amicorum in consilium adhibito. » — Plutarque, *Romul.*, 22 : « ... Τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι τοῖς χθονίοις θεοῖς » Sur le sens de ἀποδόμενον (répudier), voy. Rossbach, *rœm Ehe*, note 450; sur le sens de θύεσθαι (*sacer esse*), voy. Klenze, *Freiheit d. Ehescheid.* (*Zeitschr. f. gesch. Rechtsw.*, t. VII, p. 27).

[4] Voy. *suprà*, p. 95.

[5] En France surtout, cette opinion est très-répandue : les plaintes sur le triste

de croire que le mari fût un despote et la femme une esclave, là où une fidélité inviolable était le devoir réciproque des deux époux; et, en effet, une étude plus attentive va nous convaincre que le mariage à Rome était une véritable association, où l'autorité du mari n'excluait point l'indépendance de la femme. Mais pour déterminer en quoi consistait cette indépendance, il faut distinguer deux sortes de mariage : tantôt la femme, bien que mariée, demeurait dans sa famille, sous la puissance de son père ou la tutelle de ses agnats; tantôt ces liens étaient rompus par le mariage, la femme passait, suivant l'expression technique, « *in manum mariti,* » et n'avait plus d'autre famille que celle de son mari.

Cette dernière espèce de mariage est, sans contredit, la plus ancienne. L'antiquité de son origine se révèle dans les formes particulières qui l'accompagnent et que l'on retrouve, presque identiques, dans les plus anciennes législations [1]. Il est donc probable qu'aux premiers siècles de Rome la *manus mariti* était la suite inévitable du mariage. Dès le jour où les nouveaux époux, près du lit nuptial, avaient offert leur sacrifice commun aux divinités du foyer, la femme n'avait plus d'autre famille, d'autres agnats, d'autres héritiers que son mari et les parents de son mari. Que devenaient les liens de l'épouse avec son ancienne famille, les droits de ses agnats à sa tutelle et à sa succession? Le mariage les avait détruits, et détruits pour toujours. Mais il y avait là un danger qui dut éveiller bientôt l'attention du législateur.

Les agnats tuteurs de la femme devaient être peu disposés à consentir à un mariage qui les dépouillait de tous leurs

sort des femmes *in manu mariti* sont le refrain perpétuel de toutes les thèses des docteurs en droit sur ce sujet.

[1] La *confarreatio,* particulière à la caste patricienne et sacerdotale (Boèce, *ad Cic. Top.,* 3, ed. Orelli, p. 299), rappelle dans les moindres détails le mariage sacré de l'Inde qui n'était permis qu'aux bramines (Manou, III, 23); l'assistance de dix témoins représentant les dix *gentes* de la curie, correspond à la réception de la nouvelle épouse par les φράτορες, dans le mariage grec. Rossbach, p. 119, 203. — La *coemptio* n'est que l'ancien mariage par vente. Voy. *suprà,* ch. I, § 2.

droits, et sans leur aveu le mariage était impossible [1]. Aurait-on pu les forcer à sacrifier leurs droits? Mais ces droits étaient sacrés : gardiens des intérêts de la famille, c'était pour eux un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât à des étrangers. Pour donner satisfaction à tous ces besoins contradictoires, il fallut bouleverser les anciens principes : il fallut séparer deux choses qui avaient paru d'abord inséparables, le mariage et la *manus*, c'est-à-dire le changement de famille. A côté du mariage antique aux formes solennelles, on imagina un mariage nouveau, qui se contractait par le simple consentement et laissait la femme dans sa famille, sous la tutelle de ses agnats. Le consentement des tuteurs fut toujours nécessaire pour l'ancien mariage avec *manus,* mais il ne le fut plus pour le mariage pur et simple, qui laissait intacts les droits des agnats. Cette révolution dans le régime de la famille était déjà accomplie ou en voie de s'accomplir lors de la loi des XII Tables [2].

Au reste, l'introduction d'une nouvelle forme de mariage n'entraîna pas l'abandon de l'ancienne : elles coexistèrent longtemps [3], car elles pouvaient l'une et l'autre, dans des cas divers, satisfaire tour à tour au même besoin. Parfois, en effet, c'est le mariage avec *manus* qui devait le mieux assurer la conservation des biens dans la famille. Que la femme, lors du mariage, se trouvât, non plus en tutelle, mais en puissance paternelle, c'est-à-dire sans patrimoine,

[1] On se rappelle que le consentement des tuteurs était nécessaire pour la *conventio in manum,* bien qu'il ne le fût pas pour le mariage.

[2] Déjà, dans les XII Tables, la *manus* est considérée comme une suite *naturelle,* mais non plus *nécessaire,* du mariage, la loi indique elle-même comment la *manus* peut être évitée, par l'*usurpatio* annuelle du *trinoctium.*

Il faut signaler ici une différence profonde entre la loi romaine et les lois grecques et orientales. Ces dernières accordent aux tuteurs un droit exclusif sur la main de l'orpheline (voy. *suprà,* p. 51, 58, 79); à Rome, le tuteur n'a rien à voir dans le choix de l'époux. En Orient et en Grèce, les familles peuvent se continuer par les femmes; à Rome, il ne peut jamais en être ainsi, car la fille peut choisir son époux hors de la famille et un beau-père ne peut jamais adopter son gendre. Fr. 55, D. XXIII, 2.

[3] L'*usus*, qui suppose le mariage libre, nous est présenté comme contemporain de la *coemptio* et de la *confarreatio.*

et la *conventio in manum* ne présentait plus que des avantages pour les agnats : car elle équivalait alors à ces pactes de renonciation à successions futures, qui, dans notre ancien droit français, accompagnaient si souvent les contrats de mariage. Ainsi, le même intérêt, celui de la conservation des biens patrimoniaux, fit à la fois introduire le mariage sans *manus* pour l'héritière et maintenir le mariage avec *manus* pour la fille qui n'avait pas encore hérité.

Je vais m'occuper tour à tour de ces deux formes de mariage, et, pour plus de clarté, je commencerai par la plus récente, le mariage sans *manus*. Souvent, en effet, on a obscurci cette matière en confondant la *manus* avec la puissance maritale; je voudrais essayer de les distinguer l'une de l'autre, et, pour cela, je rechercherai d'abord ce qu'est la puissance maritale sans la *manus*, je montrerai ensuite ce que la *manus* vient ajouter à cette puissance.

I. Le propre du mariage conctracté sans *conventio in manum*, c'est, avons-nous dit, de laisser la femme dans la famille où elle est née, et de ne porter aucune atteinte aux droits que ses parents peuvent avoir sur elle.

La femme, lors du mariage, était-elle en puissance paternelle, cette puissance persiste avec toute son énergie. Le père pourra toujours disposer de sa fille, l'arracher à l'époux auquel il l'avait donnée [1], la vendre, la châtier, la punir de mort.

La femme était-elle, lors du mariage, sous la tutelle de ses agnats, ses tuteurs conservent sur elle tous leurs droits. A l'exception de la dot, qu'elle n'a pu constituer qu'avec leur permission, tout son patrimoine reste sous leur garde, elle n'en peut rien distraire, fût-ce au profit de son mari ou de ses enfants, et, à sa mort, ses agnats les plus éloignés ou ses *gentiles* excluront ses enfants eux-mêmes de toute part à sa succession.

La femme restant ainsi, malgré le mariage, dans les liens et sous l'autorité de sa famille, il semble qu'un tel régime

[1] Ennius, *ap. auct. ad Herenn.*, II, 24; Afranius, *ap. Non., voc. Spurcum.*

ne laissait point de place pour un pouvoir étranger, celui du mari. Et cependant la femme tombait sous la puissance de son mari tout en restant sous celle de sa famille; le mari pouvait, lui aussi, disposer de la personne de sa femme, châtier ses fautes ou ses délits, la punir de mort; et tous ces droits, qu'on le remarque bien, appartenaient au mari comme mari, et résultaient par conséquent, non pas de la *manus*, comme on le croit d'ordinaire, mais du mariage lui-même [1]. La femme mariée sans *manus* appartenait en même temps et à son mari et à sa famille; la puissance paternelle ou tutélaire d'une part, la puissance maritale de l'autre, concouraient sans s'exclure.

Cette concurrence de pouvoirs ne pouvait guère amener de conflit entre le mari et les tuteurs. Les tuteurs n'avaient de droit que sur les biens de la femme, le mari n'avait de droit que sur sa personne; s'il avait reçu une dot, il pouvait en disposer sans contrôle. Les puissances maritale et tutélaire occupaient donc des sphères séparées et pouvaient se mouvoir librement sans se heurter. Mais il en était tout autrement des puissances maritale et paternelle : l'une et l'autre étaient illimitées, l'une et l'autre exclusives; le conflit était inévitable, et la discorde eût régné au cœur même de la famille si l'entremise d'une autorité modératrice ne fût venue concilier et réunir les deux puissances rivales. Ce pouvoir médiateur, c'était le tribunal domestique.

Le tribunal domestique complète l'organisation patriarcale de l'ancienne famille romaine. C'est grâce à ce tribunal que la famille, réunissant dans son sein l'autorité qui exécute et celle qui délibère, peut se gouverner par elle-même et former, au sein de l'État, comme une république indépendante. Les juristes modernes ont cherché parfois à déterminer avec précision la composition, la compétence, la

[1] Aulu-Gelle, X, 23; Valère Max., II, IX, 2; Tacite, *Ann.*, XIII, 32. Dans ce dernier passage, il ne s'agit point d'une femme *in manu*, la *manus* était tombée en désuétude à cette époque. Tacite, *Ann.*, IV, 16. Cpr. Hase, *de Manu comm.*, Halis, 1847, p. 54. — * Cf. Esmein : *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de Adulteriis coercendis* (Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1878).

procédure du tribunal de famille; leurs recherches sont restées et devaient rester infructueuses. Cette juridiction, en effet, n'a rien de commun avec les magistratures publiques : elle n'est point réglée par les lois, mais par les mœurs. Sorte de censure domestique, son autorité est toute morale et son organisation, variable et incertaine, ne dépend que des usages et n'a jamais fait l'objet d'un règlement légal. Aussi ce tribunal se compose-t-il, non pas de la famille légale, des agnats, mais de la famille naturelle, c'est-à-dire des *cognats,* des proches et parfois même des amis[1]. Sa compétence, comme sa composition, échappe à toute règle précise : il intervient dans tous les événements importants de la famille : il préside, soit aux fiançailles de la jeune fille, soit à la cérémonie où le jeune garçon, sortant de tutelle, revêt la toge virile; il veille aux intérêts des orphelins[2]; il assiste le chef de famille qui juge et punit les fautes de sa femme ou de ses enfants. Sans doute, dans ces diverses circonstances, l'assemblée domestique n'est armée d'aucune force coercitive, d'aucune puissance légale : le chef de famille qui, sans convoquer ses parents et ses amis ou au mépris de leur sentence, répudiait sa femme ou donnait la mort à son fils, ne violait aucune loi; mais il soulevait contre lui l'opinion publique, il s'exposait au blâme du censeur[3], il s'exposait même à une accusation criminelle devant le peuple qui, à la fois législateur et juge, pouvait suppléer au silence des lois pour venger la morale outragée[4].

[1] Συγγενεῖς (Denys d'Hal., II, 25); *cognati* (Valère Max., VI, III, 7; Tite-Live, XXXIX, 18; epit. XLVIII); *propinqui* (Suétone, *Tiber.*, 35; Tacite, *Ann.*, II, 50), *amici* (Valère Max., II, IX, 2; Aulu-Gelle, XVII, 21; Plaute, *Stich.*, act. I, sc. 2, v. 71); *necessarii* (Valère Max., V, VIII, 3; VI, I, 1); *adfines et amici* (fr. 6, D. XXVII, 2).

[2] Appien, *de Bell. civ.*, IV, 30; L. 1, C. IX, 15; D. XXVII, 2. — L'intervention du préteur est une innovation plus récente.

[3] Valère Max.. II, IX, 2; Cicéron, *de Republ.*, IV, 6.

[4] Sénèque, *de Clement.*, I, 14; Pline, *Histor. nat.*, XIV, 14. — Il ne faudrait pas voir dans ces condamnations l'application d'une *restriction légale* de la puissance paternelle ou maritale. « Le peuple jugeant au criminel, dit M. Geib (*Gesch. des rœm. Kriminalpr.*, p. 126), peut être comparé aux juges d'Athènes : il était considéré comme étant, non pas au-dessous, mais au-dessus de la loi, et pouvait y suppléer en vertu de sa puissance législative. »

Le tribunal domestique était investi par les mœurs d'une autorité particulière en ce qui regarde les femmes. Souvent l'État, sans doute pour éviter un scandale, lui confiait l'exécution des peines prononcées contre elles par la justice publique[1]. La femme demeurait soumise, durant toute sa vie, à l'autorité morale de ce conseil de famille : était-elle en puissance paternelle, ce conseil assistait son père; orpheline, ce conseil veillait à ses intérêts moraux[2], comme le tuteur à ses intérêts pécuniaires; enfin venait-elle à se marier, rien n'était changé, sans doute, ni dans les droits ni dans la composition de ce conseil, si ce n'est qu'il s'augmentait d'un membre nouveau, le mari. Le mari, de même que le père, ne manquait pas d'appeler au conseil les parents de sa femme, lorsqu'il s'agissait de la juger et de la punir. Le père et le mari se rencontraient ainsi dans la même assemblée de famille où la puissance maritale et la puissance paternelle s'exerçaient d'un commun accord[3].

Tel était l'état de la femme mariée sans *conventio in manum*. Nous allons voir quelle était la condition de la femme *in manu*.

II. Le propre de la *manus*, c'est d'opérer une *capitis minutio*, c'est-à-dire un changement de famille radical et irrévocable. La femme cesse d'être la *filia familias* de son père, elle cesse d'être l'agnate de ses tuteurs : son père perd tout pouvoir sur elle, ses tuteurs perdent tous droits à sa tutelle et à sa succession.

Voilà les effets négatifs de la *manus*. Quels sont ses effets positifs? quelle est la situation de la femme dans sa nouvelle famille? Les textes nous répondent qu'elle est *loco filiæ*[4], et,

[1] Tite-Live, XXXIX, 18 : « Mulieres damnatas cognatis aut in quorum manu essent tradebant ut ipsi in privato animadverterent in eas. » Valère Max., VI, III, 7; Suétone, *Tiber.*, 35.

[2] Ainsi, il intervenait dans le choix d'un époux. Voy. *suprà*, p. 117, note.

[3] Denys d'Hal., II, 25 : « Οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον. » — Tacite, *Ann.*, XIII, 32 : « Is, prisco, instituto, propinquis coram, de capite famaque conjugis cognovit. » — Si l'accord entre le père et le mari ne pouvait s'établir, le père pouvait toujours l'emporter en prononçant le divorce et reprenant sa fille.

[4] Gaius, I, 111, 114, 115 *bis*, 118, 136; II, 139, 15; III, 3; Ulpien, XXII, 14;

s'attachant à la lettre de cette formule légale[1], de nombreux auteurs considèrent la *manus* comme identique à la puissance paternelle et analogue au pouvoir du maître sur l'esclave. J'oserai m'écarter ici de l'opinion commune et j'essayerai d'établir que la *manus,* du moins dans la dernière forme qu'elle a revêtue, est un droit à part, différent de la puissance domestique, de la *potestas,* non pas dans ses détails, mais dans son essence même.

Cette différence consiste, si je ne m'abuse, en ce que la *potestas* a pour objet la personne même de l'enfant ou de l'esclave, au lieu que la *manus,* tout comme la tutelle, ne confère, par elle-même, aucun droit sur la personne de la femme et ne s'exerce que sur ses biens.

Gaius va me fournir la preuve de ce que j'avance : « Nous pouvons, dit-il, acquérir par nos fils ou nos esclaves, soit la propriété, soit même la possession. Nous pouvons également acquérir la propriété par les femmes qui sont *in manu nostra;* mais il est fort douteux que nous puissions acquérir la possession par elles, car nous ne les possédons pas[2]. » N'est-ce pas dire clairement que, la *potestas* frappant la personne et le corps même du fils ou de l'esclave, tout ce qu'ils possèdent *corpore* est par cela même au pouvoir et en la possession du chef de famille, tandis que la *manus*, n'atteignant que le patrimoine de la femme et ne donnant aucun pouvoir sur sa personne, ne peut faire acquérir que ce qui entre dans son patrimoine et non pas ce qui est seulement possédé par elle ?

Une autre application de cette même différence, c'est que le père peut vendre son esclave ou son fils, ou, s'ils ont com-

Collat., XVI, II, 14. Les mots *manus* et *potestas* sont parfois employés comme synonymes. Servius, *ad Æneid.,* IV, v. 103; Tite-Live, XXXIV, 27 (servitus muliebris); Ulpien, fr. 4, D. I, 1. — * Sur la *manus,* Voy. Voigt : *Die XII Tafeln,* §§ 92-100, 157-162. — Esmein : *la* manus, *la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain.*

[1] Pour montrer combien cette interprétation littérale est abusive, il suffirait de l'appliquer aux textes qui disent que l'enfant *in mancipio* est *loco servi,* que le *bonorum possessor* est « in omni causa *loco hæredis,* » etc.

[2] Gaius, II, 89, 90.

mis quelque dommage, les livrer en guise d'indemnité à la personne qu'ils ont lésée. Mais la femme *in manu* ne peut être ni vendue, ni cédée en réparation de dommage, ni donnée en adoption[1]; le mari peut seulement lui nommer un tuteur, car la tutelle, comme la *manus*, n'a que les biens de la femme pour objet.

Sans doute le mari a des droits sur la personne même de la femme; mais ces droits, c'est du mariage même qu'il les tient; la *manus* n'ajoute rien à sa puissance maritale[2]. S'il s'agit, par exemple, de répudier la femme ou de châtier ses fautes, son père et ses parents, qu'elle soit ou non *in manu*, devront être appelés au tribunal de famille; qu'ils aient perdu, par l'effet de la *manus*, leurs droits de père et d'agnats, il n'importe : ils sont restés les parents naturels, les cognats de la femme, et ce titre suffit pour qu'ils aient le droit de protéger sa personne et de veiller sur ses mœurs.

Ainsi la *manus* ne modifie point les rapports personnels des deux époux, mais seulement leurs intérêts pécuniaires. Si j'osais employer ici le langage du droit moderne, je dirais que c'est une espèce de régime nuptial, et que ce régime se rapproche de ce que nous appelons aujourd'hui une communauté universelle. C'est au point de vue des rapports pécuniaires que la femme *in manu* est, à la lettre, *loco filiæ*. Nous avons dit que, dans l'ancienne famille romaine, il n'y avait qu'un seul patrimoine pour le père et les enfants; lorsque la femme entre dans la famille par la *conventio in manum*, tout ce qu'elle possède tombe dans ce patrimoine commun, tout ce qu'elle acquiert par la suite vient le grossir. Tant que vit le chef de famille, le patri-

[1] Hase, *de Manu*, p. 77, 113 et suiv. — Le délit de la femme ne donne lieu à aucune action *noxale* contre le mari. Gaius, IV, 80 : « ... quod vero ad eas personas quæ *in manu* mancipiove sunt; quotiens aut ex contractu *aut ex maleficio* (éd. Lachmann) earum ageretur, nisi... *in solidum defendantur*, » etc.

[2] Ainsi, sans avoir la *manus*, il peut agir *de exhibenda uxore* ou *de injuria* si sa femme est détenue ou insultée. Gaius, III, 221 : « Pati injuriam videmur... per uxores nostras *quamvis in manu non sint* » (Lachmann); 2, Inst., IV, 4; Paul, *Sent.*, V, 4 § 3. Si l'action *furti* ne lui est donnée qu'autant que la femme ravie est *in manu* (Gaius, III, 199), c'est que cette action repose toujours sur un intérêt pécuniaire.

moine du ménage est dans ses mains : il est, dans un sens, plus étendu que celui de nos lois modernes, le chef et le maître de la communauté[1]. A sa mort, cette communauté se partage entre sa veuve et ses enfants : la veuve prend une part d'enfant; à défaut d'enfants, la communauté lui revient tout entière, elle succède seule à son mari. En outre, comme le patrimoine de son mari s'est ainsi confondu avec le sien, tous les agnats de son mari pourront lui succéder, et elle leur succédera à son tour.

Bien que n'ayant pas de patrimoine propre, la femme *in manu* pouvait toujours, tout comme la *filia familias,* s'engager personnellement sans autorisation maritale, avoir un pécule et même, quoique ceci soit plus douteux, avoir une dot[2] : elle ne pouvait en effet, avant la *conventio in manum,* se réserver le droit de reprendre, en cas de divorce, tout ou partie des biens qu'elle apportait au mari. Au reste, à l'époque qui nous occupe une telle clause devait être, comme le divorce lui-même, un fait trop rare pour qu'il soit nécessaire d'y insister ici; j'aurai à y revenir plus tard.

Je termine ces considérations sur la *manus* en jetant un coup d'œil général sur la marche que cette institution a suivie. Dans le principe, elle formait un élément essentiel de l'union conjugale; plus tard elle s'en est séparée et l'on a admis que le mariage pouvait exister sans elle. Un dernier pas restait à faire pour que la séparation fût complète : il fallait admettre à l'inverse que la *manus* pût exister sans mariage, et le progrès des idées devait conduire à cette dernière conséquence : du moment que la *conventio in manum* se réduisait presque à une convention pécuniaire, pourquoi la femme n'aurait-elle pas pu la contracter avec une personne étrangère, tout comme avec un époux? Elle y eût trouvé un moyen facile de rompre ses liens de famille et de s'affranchir de la tutelle de ses agnats. On va voir,

[1] Cicéron, *de Offic.,* I, 17; Columelle, XII, pr.; Inscr. de Thuria, I, 38; II, 37.

[2] Voy. *suprà,* p. 102; *infrà,* p. 142; Plaute, *Cas.,* act. II, sc. 2, v. 26; Térence, *Andr.,* act. I, v. 270.

dans le prochain chapitre, que tel a été, en effet, le dernier emploi de la *manus*, et que cette institution qui, dans l'origine, était un des fondements de la famille patriarcale, n'a plus servi, sous l'empire des mœurs nouvelles, qu'à consommer la ruine des pouvoirs domestiques et l'affranchissement de la femme.

CHAPITRE V.

ROME.

Deuxième période.

I.

Le droit romain tel que je viens de l'exposer, avec la simplicité presque primitive de ses institutions patriarcales et la rudesse presque barbare de sa procédure, ne pouvait convenir qu'à une république petite et pauvre, et telle était dans les premiers temps cette ville de laboureurs et de soldats qui devait être un jour la capitale du monde. Je voudrais montrer dans ce chapitre comment un droit si exclusivement local est devenu, par un progrès lent, régulier, presque insensible, un droit si large et si vraiment humain, qu'on a vu les peuples les plus divers de mœurs et d'origine abandonner de toutes parts leurs institutions nationales, pour venir, comme d'un commun accord, se ranger sous son empire.

Cette merveilleuse fortune, la loi romaine la doit, en grande partie, aux qualités mêmes qu'elle puisa dans son obscure origine. Comprimée dans ses premiers développements par l'étroit formalisme des pontifes, elle en acquit plus de force et d'énergie concentrée. Cette salutaire contrainte fut, pour l'enfance du droit romain, ce qu'est, pour celle de l'homme, une éducation forte et sévère. De même que la stricte discipline des camps et de la maison paternelle était nécessaire pour tremper le caractère des jeunes

Romains et les préparer, par l'apprentissage d'une étroite obéissance, à devenir plus tard les maîtres du monde; de même il fallait peut-être que le droit romain subît longtemps le joug inflexible d'une jurisprudence sacerdotale, pour devenir un jour le droit souverain et la loi commune des peuples.

Mais, à ses qualités natives, le droit romain sut joindre par la suite, en les empruntant du dehors, les qualités qui lui manquaient. La puissance romaine, en reculant ses limites, rencontra bientôt devant elle la civilisation grecque qui occupait alors tous les rivages de la Méditerranée, depuis Cumes jusqu'à Byzance. Chacun sait que Rome dut à Athènes ses arts, ses lettres, sa philosophie; mais, ce qu'on ignore d'ordinaire, c'est qu'elle lui dut aussi la réforme de ses lois, et que, dans ce droit romain transformé qu'on a appelé « la raison écrite, » l'élément grec ne tient pas moins de place que le pur élément romain. Dans le chapitre précédent j'ai mis en opposition le vieux droit quiritaire et le droit attique. Je vais montrer maintenant comment ces deux droits opposés se sont fondus en un seul.

C'est par les mœurs que l'influence hellénique pénétra d'abord chez les Romains. A peine les rudes enfants de Romulus eurent-ils goûté les douceurs d'une civilisation raffinée et corrompue, qu'ils dépassèrent dans le vice les Grecs eux-mêmes. Chez les Grecs, en effet, la corruption des mœurs trouvait des bornes, d'abord dans la modération et la sobriété naturelles à ce peuple, ensuite dans la contrainte sévère où les femmes étaient tenues. La même corruption, une fois répandue dans Rome, n'y rencontra plus de digue : les Romains, violents et grossiers, s'y plongèrent sans mesure, et comme les femmes jouissaient chez eux d'une liberté très-grande, la débauche pénétra au sein des familles et vint souiller jusqu'au sanctuaire du foyer.

Le foyer, aux temps de César ou de Claude, avait cessé d'être un sanctuaire; ce n'était plus cet antique autel où la chaste matrone entretenait le feu sacré et offrait chaque jour des sacrifices aux dieux pénates. Il ne servait plus qu'à des

usages profanes[1]. L'atrium même s'était transformé. Le voyageur qui, de nos jours, va explorer les ruines de Pompéi, et rechercher dans quelqu'une de ses maisons désertes les vestiges de la famille qui l'habita, ne trouve plus, à la place de l'atrium antique, qu'une cour à ciel ouvert avec des bassins et des fontaines[2]. C'est là que le Romain enrichi recevait chaque matin la foule des clients et des solliciteurs. On n'y voyait point, comme autrefois, les toiles et les fuseaux de la matrone, le lit nuptial et le feu allumé sur l'autel des dieux lares. Les images des ancêtres elles-mêmes avaient disparu : au lieu de ces masques de cire modelés sur le visage des morts qu'un culte touchant conservait autour de l'autel domestique, c'étaient maintenant des bustes d'argent ou de marbre, achetés au hasard dans l'atelier de quelque artiste grec, qui décoraient l'atrium fastueux de l'opulent parvenu[3]. Un flot d'hommes nouveaux, d'étrangers, d'affranchis, avait envahi la République; l'ancienne noblesse avait disparu, et avec elle le culte des ancêtres, l'esprit de famille, l'attachement aux mœurs du passé. Dès la fin de la République, les anciennes *gentes* étaient dissoutes, et, dans la famille même, tous les liens domestiques s'étaient relâchés à la fois[4]; les agnats, que ne réunissaient plus des dieux et des sacrifices communs, étaient devenus étrangers les uns aux autres; les mariages, jadis indissolubles, n'étaient plus que des unions passagères que la cupidité ou le libertinage rompait et renouait tour à tour[5];

[1] Servius, *ad Æneid.*, II, v. 469; Varron, *ap. Nonium*, I, 273.

[2] Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 9; XXXV, 2. Les nouvelles maisons romaines étaient probablement disposées sur le modèle des maisons grecques. Becker et Rein, *Gallus*, t. II, p. 209 et suiv.

[3] Pline, XXXV, 2, § 4; Marquardt, *Privatalterth*, p. 246 et suiv.

[4] L'épigraphie en fournit une preuve frappante. Sous la République, chaque citoyen romain portait, outre son nom propre (*prænomen*), un *nomen* qui désignait sa *gens*, un *cognomen* qui désignait sa famille. Dès le commencement de l'Empire, toutes ces distinctions se confondent, et les parvenus sans *gens* et sans famille prennent par vanité une quantité de noms, comme dans d'autres temps on a pris de faux titres de noblesse. — Zell, *Rœm. Epigr.*, II, § 35.

[5] On connaît le passage de Sénèque (*de Benef.*, III, 16) : Numquid jam ulla repudio erubescit postquam inlustres quædam ac nobiles feminæ non consulum numero

la puissance paternelle qui n'était plus sanctifiée par la religion ni tempérée par l'amour, était devenue un joug odieux, dont les enfants cherchaient à s'affranchir par tous les moyens, fût-ce par la délation et le parricide[1].

Ce changement dans les mœurs devait entraîner un changement dans la législation tout entière. J'ai déjà fait voir, en effet, que les institutions de l'ancienne Rome reposaient sur deux fondements, la loi et les mœurs; la loi était étroite, insuffisante; mais partout où elle faisait défaut, les mœurs tenaient lieu de loi. Le jour où l'un de ces deux fondements vint à manquer, tout l'édifice de la constitution romaine se serait écroulé aussitôt, si, à la place des mœurs ruinées, on n'eût sur-le-champ établi des lois nouvelles. A coup sûr, un homme qui ne jugerait les Romains que d'après leurs lois, ne manquerait pas de s'imaginer que la moralité et les vertus privées ont progressé chez ce peuple d'âge en âge, et n'ont jamais brillé d'un éclat plus pur qu'au siècle d'Auguste et de Tibère. Dans les premiers siècles, le législateur ne songe à réprimer ni le dol, ni la violence, ni les divorces sans cause, ni les exhérédations imméritées, ni même les abus les plus révoltants de la puissance maritale ou paternelle. Combien la loi est devenue plus morale au temps d'Auguste! Elle poursuit la fraude et donne partout satisfaction à l'équité blessée; elle protége la femme, l'enfant, l'esclave lui-même, contre la barbarie du père de famille; elle frappe l'exhérédation injuste, elle réprime le divorce, elle châtie l'adultère, elle semble même vouloir récompenser les vertus domestiques en comblant de ses faveurs les époux qui donnent le jour à de nombreux enfants[2]. Mais qu'on ne s'y trompe pas! tout ce déploiement de lois dans l'intérêt de la morale est précisément un symptôme certain de

sed maritorum annos suos computant, et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii? »

[1] Vell. Paterc., II, 67 : « In proscriptos... servorum fidem aliquam, filiorum nullam : adeo difficilis est hominibus utcunque conceptæ spei mora. »

[2] Qu'on se rappelle les lois *Cornelia* contre le parricide, *Petronia* en faveur des esclaves, *Julia* contre l'adultère, *P. Poppæa* contre le célibat, les nombreuses lois somptuaires, les actions *de dolo, metus, paulienne, querela inofficiosi testamenti,* etc.

l'immoralité publique : c'est quand la morale a perdu tout empire dans l'âme des citoyens, qu'elle va emprunter à l'autorité des lois une dernière et impuissante sanction. On en peut juger par l'exemple de Rome : le législateur n'a commencé à y faire de la morale que lorsqu'il n'y avait plus de mœurs [1].

Cette nouvelle législation fondée sur la seule équité naturelle et si opposée au vieux droit quiritaire, a pour type et pour modèle la loi grecque. Dans le nouveau droit romain [2] comme dans le droit d'Athènes, l'équité prévaut sur le droit strict, le fond sur la forme, la volonté des parties sur les paroles prononcées; la fraude et la violence sont punies, la bonne foi est protégée contre toutes les embûches de la chicane. Comme à Athènes, la loi pénètre au sein des familles, réglemente tous les rapports domestiques, place les pupilles sous la protection du pouvoir public, assure à la femme une dot et pousse au mariage par la contrainte. Toutes ces innovations, quelque antipathiques qu'elles fussent à l'esprit romain, n'en étaient pas moins inévitables : les mœurs romaines avaient subi l'influence grecque, la loi romaine devait nécessairement subir la même influence.

Toutefois, les anciennes lois ne furent pas détruites par l'influence étrangère comme l'avaient été les vieilles mœurs, elles furent seulement amendées et complétées. Le droit importé de l'étranger, le *jus gentium*, ne vint pas renverser le droit national (*jus civile*), il vint s'établir à ses côtés. La dualité que nous avons signalée dans le droit romain primitif reparaît ici sous une forme nouvelle; du sein de chaque institution se dégagent, comme autrefois, deux éléments distincts et opposés. Ces deux éléments, dans la première période, c'était la loi et les mœurs, le droit et l'équité, la juridiction civile et la censure. Un contraste plus surprenant encore apparaît dans la législation nouvelle : d'un côté

[1] Tite-Live, XXXIV, 4 : « Sicut ante morbos necesse est cognitos esse quam remedia eorum, sic cupiditates prius natæ sunt quam leges quæ iis modum facerent. »

[2] *Jus gentium*, droit des pays étrangers : la civilisation étrangère, pour les Romains, c'était la civilisation grecque.

un droit strict, de l'autre un droit d'équité; d'un côté des juges enchaînés par la formule légale[1], de l'autre des juges qui protègent la bonne foi et font l'office de censeurs[2]; enfin, ici des contrats où tout dépend de la forme extérieure et des paroles échangées, là des contrats où l'intention des parties est l'unique loi.

Mais ces deux droits ne pouvaient rester longtemps en contact sans agir l'un sur l'autre : interprétés par les mêmes juristes, appliqués par les mêmes tribunaux, le *jus civile* et le *jus gentium* devaient se communiquer l'un à l'autre quelque chose de leurs qualités respectives. C'est ce qui arriva en effet : le vieux formalisme romain, par le frottement avec le droit nouveau, perdit peu à peu sa rudesse et ses aspérités d'autrefois; et le droit d'équité, à son tour, en venant s'incorporer à la loi romaine, y acquit ces formes précises et régulières dont le génie grec, trop spiritualiste, n'avait pas su le revêtir[3]. Les médiateurs, dans cette sorte de transaction, furent les préteurs, ces magistrats qui, élus annuellement par le peuple, mais étroitement attachés aux traditions de leur jurisprudence[4], représentaient à la fois l'esprit nouveau et l'esprit du passé. Dispensateurs des actions judiciaires, ils surent assouplir la rigidité de l'ancien droit par leurs *exceptions* d'équité, et en même temps assujettir l'équité elle-même aux lois sévères et aux formules rigoureuses de leur procédure traditionnelle. Le droit qu'ils formèrent ainsi réunit et combine en une heureuse harmonie les caractères les plus opposés : la diversité et l'unité, la largeur dans les principes et la précision dans les formes,

[1] Le système formulaire, du moins dans les *stricta judicia*, n'était pas moins formaliste que celui des *legis actiones* : la seule différence, c'est que, dans l'ancien système, c'était le plaideur lui-même qui prononçait la formule légale; dans le nouveau, c'est le préteur qui l'écrit.

[2] « Judex pro censore est, » dit Caton d'un de ces jugements. Aulu-Gelle, X, 23.

[3] Je citerai comme exemples de ce double changement : 1° dans le *jus civile*, le *contrat verbal* (*sponsio*, *stipulatio*) dont les formes devinrent peu à peu si larges et si souples qu'on en fit un contrat de droit des gens; 2° dans le *jus gentium*, le *fidéicommis*, dont les règles devinrent peu à peu si fixes et si précises qu'on tendait à l'assimiler au legs.

[4] *Edicta perpetua*, *tralatitia*.

l'esprit progressif et l'esprit conservateur, en un mot l'esprit grec et l'esprit romain. Cette fusion entre le génie de Rome et celui d'Athènes s'opère en même temps dans le droit et dans les lettres : la langue latine et la loi romaine se développent et s'épanouissent en quelque sorte l'une et l'autre au souffle vivifiant parti des rives de l'Attique; et, dans le droit comme dans la littérature, la pensée grecque, en se concentrant dans une forme romaine, acquiert une énergie nouvelle et s'empreint d'une nouvelle majesté.

Au milieu de cette transformation générale de la législation romaine, qu'est devenue la constitution de la famille? J'ai montré que la famille antique était régie par les mœurs plutôt que par les lois, et que le seul frein aux abus de la puissance paternelle était l'autorité moins juridique que morale du tribunal domestique et de la censure. Mais une autorité morale n'a plus de force là où il n'y a plus de mœurs. Avec la dissolution des mœurs, le tribunal de famille et la censure tombèrent, et le pouvoir paternel se trouva affranchi de toute entrave au moment même où le relâchement des affections domestiques le rendait plus tyrannique et plus insupportable. Il fallait donc que la loi publique intervînt au sein des familles, et ce besoin fut habilement mis à profit par la politique envahissante de César et d'Auguste. Au temps de l'oligarchie patricienne, chaque famille, se gouvernant elle-même sans le secours des magistrats et des lois, constituait, je l'ai déjà dit, une sorte de république à part; et le chef de cette république, le père de famille, entouré de ses descendants, de ses clients, de ses affranchis, était presque un souverain indépendant. Le despotisme jaloux des Césars devait briser cette indépendance et courber sous le même niveau le père et le fils, le patron et le client, le patricien et le plébéien, l'ingénu et l'affranchi.

Dès la fin de la république, on commence à voir tomber pièce à pièce le faisceau si fortement lié des droits paternels. Si le père déshérite son fils, le tribunal casse son testament; s'il refuse ou néglige de le marier, le magistrat l'y

contraint; s'il le tue, l'empereur le punit d'exil ; s'il le maltraite, l'empereur le force à l'émanciper; bien plus, s'il maltraite ses esclaves, le magistrat l'oblige à les affranchir ou à les vendre, le dépouillant ainsi de sa propriété par une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique : « car il importe à l'État, disaient les jurisconsultes d'alors, que nul ne mésuse de son bien[1]. » Le juge public a pris la place de l'ancien juge domestique; à l'État seul appartient le droit de punir; si le chef de famille veut frapper, le magistrat arrête sa main. En même temps qu'il perd ses droits sur la personne de ses enfants, le père de famille perd aussi ses droits sur leurs biens : dès le règne d'Auguste, certains pécules sont soustraits par la loi à l'action de la puissance paternelle, le fils en est reconnu propriétaire, et peut en disposer à son gré, même par testament[2]. De même que les enfants et les esclaves, les affranchis, à leur tour, obtiennent des droits nouveaux, et la puissance du patron s'affaiblit et se relâche comme tous les autres pouvoirs domestiques[3]. Enfin, au milieu de cette dissolution générale de la famille, la femme, elle aussi, conquiert une plus grande indépendance, et s'affranchit à la fois de la tutelle et de la *manus*. Ceci nous ramène à l'objet particulier de notre étude : nous devons rechercher quelle fut l'influence, sur la condition juridique de la femme, de cette double révolution dans les mœurs et dans les lois.

A cet égard, le nouveau législateur semble avoir obéi tour à tour à deux tendances diverses, on pourrait presque dire contradictoires : tantôt il affranchit la femme de toutes les incapacités dont l'ancien droit l'avait frappée ; tantôt

[1] Inst., I, 8 § 2; Gaius, I, 53; fr. 19, D. XXIII, 2; fr. 5, D. XLVIII, 9; fr. 5, D. XXXVII, 12; fr. 2, 11 § 2, D. XLVIII, 8; Suétone, *Claud.*, 25; Spartien, *Hadr.*, 18.

[2] *Pécule castrens.* Ulpien, XX, 10; Inst., II, 12, pr.

[3] Il faut noter ici : la loi d'Auguste qui permit le mariage entre affranchis et ingénus (fr. 33, D. XXIII, 2), interdit jusqu'alors (Tite-Live, XXXIX, 19); la jurisprudence prétorienne qui repoussait le patron, lorsqu'il voulait exiger de son affranchi des services excessifs (fr. 2, 36, D. XXXVIII, 1); enfin l'usage introduit par les empereurs d'accorder à certains affranchis, à titre de bénéfice personnel, tout ou partie des droits d'ingénuité. D. XL, tit. 10 et 11.

il la frappe lui-même d'incapacités inconnues jusqu'alors. Un même fait explique et justifie ces deux tendances opposées. C'est un principe aristocratique, celui de la conservation des biens dans les familles, qui autrefois retenait la femme dans la dépendance de ses parents et de ses agnats ; sous un régime à la fois démocratique et despotique comme celui des Césars, d'autres principes devaient prévaloir. Un jour vint où tous ces liens domestiques, qui formaient autant d'entraves à l'indépendance du sexe, tutelle, *manus*, puissance paternelle, puissance maritale, tribunal de famille, se trouvèrent à la fois relâchés ou rompus, et l'émancipation de la femme allait être complète, si le législateur n'avait senti le besoin de créer des incapacités d'un ordre nouveau à la place de celles qu'il supprimait.

Ces incapacités nouvelles furent établies dans l'intérêt des mœurs. Il est à remarquer que les Romains, dans leurs plaintes sur la corruption des mœurs et la ruine des anciennes institutions, rejettent volontiers sur les femmes et leur funeste influence la cause de tout le mal[1], et lorsqu'ils s'efforcent d'opposer une digue au débordement de la débauche, ce sont toujours les femmes que la loi va frapper. Peut-être n'est-ce pas sans quelque raison. Il serait absurde, il est vrai, de vouloir imputer aux femmes seules une corruption qui ne fut que trop universelle et de croire qu'un sexe ait pu échapper plus que l'autre à la contagion du vice. Toutefois les hommes, bien que déjà corrompus dans leur vie privée, purent conserver encore, du moins pour un temps, quelque reste de leurs vertus publiques. Mais quant aux femmes, pour qui les devoirs domestiques composaient la vie tout entière, dès qu'elles eurent perdu la pudeur, elles devinrent capables de tous les crimes[2]. Le foyer domestique ne fut pas le seul théâtre de leurs débordements : elles semèrent dans

[1] Tite-Live, XXXIV, 1-8; Sénèque, *de Constant. sap.*, 14.

[2] C'est ce qu'exprime énergiquement ce mot de Caton l'Ancien : « Nullam adulteram non eamdem esse veneficam. » Quintilien, V, XI, 39. — On voit par l'histoire que les progrès de la corruption dans Rome ont été plus rapides chez les femmes que chez les hommes : les Bacchanales ont précédé de plus d'un siècle la conjuration de Catilina.

toute la république l'agitation et le désordre. Grâce à l'indépendance que leur laissaient les lois, on les vit répandre le tumulte dans la ville, assiéger de leurs clameurs les tribunaux et les portes du sénat, fomenter les conjurations, dicter les proscriptions, souffler le feu des discordes civiles[1]. En un mot, elles furent aussi puissantes par leurs vices que les héroïnes des premiers âges l'avaient été par leurs vertus.

Les Romains aperçurent le mal dès l'origine, et cherchèrent le remède. Ils comprirent que, pour laisser sans danger les femmes libres, il fallait des mœurs simples et sévères, comme celles d'autrefois. Ils virent que, dans les républiques corrompues de la Grèce, les législateurs ne manquaient pas de soumettre les femmes à une étroite dépendance[2]. Ils voulurent, eux aussi, remplacer la contrainte des mœurs par celle des lois, et, à mesure que les anciennes mœurs se relâchaient, de nouvelles incapacités légales venaient replacer sous le joug la femme émancipée.

Ainsi l'on peut distinguer comme deux courants contraires dans le mouvement tumultueux et confus de la législation romaine à cette époque. D'un côté, les pouvoirs domestiques sont détruits un à un par les progrès du pouvoir central; la femme devient indépendante dans la famille. D'un autre côté, le pouvoir public prend la place des pouvoirs domestiques déchus; la femme, affranchie dans ses rapports de famille, retombe en quelque sorte sous la tutelle de l'État, et est soumise à diverses incapacités légales dans ses rapports avec les tiers. De là, deux séries de changements législatifs que je vais parcourir tour à tour.

[1] Voy. les exemples dans Marquardt, *Privataterth.*, p. 67.

[2] Si les Grecs toléraient dans leurs théâtres une licence scandaleuse, ils avaient soin d'en interdire l'accès aux femmes; s'ils enseignaient dans leur philosophie le mépris des vertus domestiques, ils avaient soin de tenir leurs femmes dans l'ignorance. Mais à Rome, rien ne protégeait les femmes contre l'influence corruptrice des idées grecques : « Ἐν Ῥώμῃ αἱ γυναῖκες μετὰ χεῖρας ἔχουσι τὴν Πλάτωνος πολιτείαν, ὅτι κοινὰς ἀξιοῖ εἶναι τὰς γυναῖκας. » Epictète, fr. 53 (éd. Didot).

II.

Dans l'ancien droit, quatre pouvoirs domestiques venaient limiter dans tous les sens l'indépendance de la femme : la puissance paternelle et la puissance maritale, qui s'exerçaient sur sa personne, la tutelle et la *manus* qui s'appliquaient à ses biens. Je viens de montrer quelles causes morales et politiques devaient entraîner la ruine commune de ces divers pouvoirs. Je vais exposer ici de quelle manière cette ruine fut consommée.

Ces quatre pouvoirs se brisèrent, en se heurtant, pour ainsi dire, les uns contre les autres. Il y avait un conflit naturel entre la puissance paternelle et la puissance maritale : la fille une fois mariée, le père et le mari étaient l'un et l'autre maîtres de sa personne ; l'État intervint, et coupa court à la lutte en limitant à la fois les droits du mari et les droits du père. De même il y avait une incompatibilité radicale entre la tutelle et la *manus :* la *manus* mettait fin à la tutelle et dépouillait la famille de la femme pour enrichir celle du mari; on se servit tour à tour de la tutelle pour renverser la *manus,* et de la *manus* pour détruire la tutelle. J'ai déjà montré comment, dans l'intérêt des tuteurs, la *manus* avait reçu une première et profonde atteinte, le jour où elle avait cessé d'être une suite nécessaire du mariage; on va voir comment la *manus,* une fois séparée du mariage, finit par n'être plus qu'un expédient dont les femmes se servirent pour se délivrer de leurs tuteurs. Mais entrons dans les détails et considérons à part chacune de ces quatre institutions.

I. La puissance paternelle sur la fille eut à subir deux sortes de restrictions : les unes spéciales à la fille, les autres communes aux enfants des deux sexes. Je n'ai à m'occuper que des premières.

En premier lieu, le père fut tenu de doter sa fille. Cette

obligation fut établie par une loi d'Auguste et généralisée plus tard par une constitution de Septime Sévère[1]. La fille nubile pouvait réclamer devant le magistrat, non-seulement lorsque le père refusait de lui donner une dot ou de consentir à son mariage, mais encore lorsqu'il éludait son obligation en négligeant de lui chercher un mari.

Forcé de marier sa fille, le père perdait en la mariant une partie de sa puissance. Il ne pouvait plus, comme autrefois, briser l'union conjugale et ravir sa fille à l'époux auquel il l'avait donnée. Antonin le Pieux fit prévaloir les droits du mari sur ceux du père : les tribunaux, qui, au besoin, contraignaient le père à consentir au mariage, durent aussi le contraindre à respecter le mariage accompli[2].

Enfin, veuve ou divorcée, la femme reprenait sa dot et y trouvait un élément d'indépendance. La dot formait, en effet, pour la fille une sorte de patrimoine propre qui échappait dans une certaine mesure à l'action de la puissance paternelle. Le père n'en était que copropriétaire avec sa fille, et pour exercer les actions dotales il avait besoin de son concours[3].

II. Si les lois impériales limitèrent les pouvoirs du père pour faire place aux droits du mari, elles restreignirent en même temps les droits du mari pour laisser le champ libre à la puissance paternelle, ou surtout à la puissance publique.

Les anciens Romains n'avaient pas infligé à l'épouse coupable la flétrissure des débats judiciaires; ils voulaient que la honte domestique restât ensevelie au sein de la famille, et ils constituaient le mari et les parents juges souverains, avec droit de vie et de mort. Sous Auguste, c'est l'État qui

[1] Fr. 19, D. XXIII, 2.

[2] Fr. 1 § 5, fr. 2, D. XLIII, 30; L. 11, C. V, 4. Cpr. *suprà* p. 118, note 3.

[3] Fr. 2 § 1, fr. 3, D. XXIV, 3 : « Dos communis est patris et filiæ..... Ipsius et filiæ dos est. » — Fr. 34 § 6, D. XLVI, 3 : « Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus, ... et propemodum similis est ei qui absentis procuratori solveret, quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patri filia esset. » — * Quant à la dot, voyez plus loin la dissertation spéciale de M. Gide sur « *le Caractère de la dot en droit romain.* »

prend soin de venger l'honneur du mari : tout citoyen peut traduire devant les tribunaux criminels la femme soupçonnée d'adultère; si le mari veut se faire justice à lui-même, s'il tue la femme, fût-ce en flagrant délit, il est puni comme meurtrier. Le père seul a conservé le droit de tuer, au moment du délit, sa fille et le complice[1].

Le mari a-t-il conservé du moins son ancien droit de juridiction pour des fautes moins graves et des peines moins sévères? Ces peines autrefois étaient le plus souvent la répudiation et la perte de tout ou partie de la dot, prononcées par le mari lui-même, après délibération du tribunal de famille et sous le contrôle du censeur. Mais, dès le déclin de la république, nous voyons, ici encore, le juge public substituer sa juridiction à celle des parents et du mari : au tribunal domestique succède un *judicium de moribus*, dans lequel un juge, nommé par le préteur, recherche les causes du divorce, scrute, comme un censeur, la conduite de la femme, et, si elle est coupable, la prive d'une partie ou même de la totalité de sa dot[2]. Dès lors le divorce n'est plus une affaire de famille, il devient un acte public, et Auguste exige qu'il s'accomplisse en présence de sept témoins[3].

Non-seulement le mari est dépossédé de sa juridiction par les tribunaux publics, mais il devient responsable lui-même, devant ces tribunaux, de sa conduite envers sa

[1] Schol., *ad Horat. sat.*, II, 7, v. 63 : « Lex fuit, (ut) apud Athenienses, ut adulterun cum adultera deprehensum marito liceret occidere. Hæc lex abolita est lege Julia, quæ jussit adulterii cognitionem ad judices referri. » Collat., IV. 10, 12, 13. L'exemple de l'ancienne juridiction maritale cité par Tacite (*Ann.*, XIII, 32) n'est qu'un dernier retour à un usage suranné : « Is prisco instituto... » — * Cf. Esmein : *Le délit d'adultère à Rome et la loi Julia de adulteriis coercendis.*

[2] Aulu-Gelle, X, 23 : « Vir cum divortium fecit mulieri, judex pro censore est; imperium quod videtur habet. Si quid perverse tetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri qui fecit, condemnatur. » M. Rein (*das Privatrecht der Rœmer*, 1858, 2e éd., p. 418), pense que la *multatio* est la perte d'une partie de la dot, la *condemnatio*, la perte du tout. — Pline, *Hist. nat.*, XIV, 13, 14 : « Domitius judex pronuntiavit, mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causa, viro insciente, et dote multavit. »

[3] Fr. 9, D. XXIV, 2; fr. 1 § 1, D. XXXVIII, 11; Suétone, *Octav.*, 34 « Divortiis modum imposuit. »

femme. Dans l'ancien droit, le mari qui maltraitait sa femme et la répudiait injustement n'en répondait que devant le censeur et devant les dieux; l'argent qu'il devait déposer sur les autels de Cérès n'était qu'une expiation de l'outrage fait à la déesse protectrice du mariage. Mais avec le relâchement des mœurs et le déclin des croyances, cette réparation pécuniaire dut perdre sa destination et son caractère religieux et devenir une dette civile, exigible devant les tribunaux. Le juge qui, dans le *judicium de moribus,* réglait les suites du divorce, devait rechercher et punir les torts du mari non moins que ceux de la femme[1], et allouer à la femme, si le divorce était imputable au mari, une indemnité pécuniaire calculée sur le montant de la dot. Les lois d'Auguste[2] soumirent à des règles fixes ces pénalités, et la jurisprudence complétant ces lois, détermina avec précision les causes en dehors desquelles toute répudiation devait être punie[3].

Enfin, de même que la puissance paternelle, la puissance maritale est atteinte de deux côtés à la fois. Avec ses droits sur la personne de la femme, le mari perd par degrés ses droits sur ses biens. La *manus* disparaît, la dot se transforme : autrefois, le mari en était le maître absolu; sous Auguste, il n'en est plus, en quelque sorte, que le gardien responsable, et ce n'est qu'avec le consentement de sa femme qu'il peut aliéner le fonds dotal[4].

III. La puissance paternelle et la puissance maritale ont décliné, mais sans jamais disparaître, car elles étaient fondées sur la nature même. Au contraire, les deux puissances dont je vais maintenant parler, la tutelle des femmes et la *manus,* étaient des institutions purement romaines; dès que le droit romain eut perdu, avec son caractère local, son originalité primitive, elles disparurent sans laisser de traces.

[1] « Utrius culpa divortium factum. » Quintilien, VII, iv, 11, 38; Valère Max., VIII, ii, 3; Plutarque, *Marius,* 38; Cicéron, *Topica,* 4; Ulpien, VI, 13; Rossbach, *Rœm. Ehe.,* note 453.

[2] La loi *Papia?* («... pœnis *legibus* comprehensis. » Fr. 19, D. XLV, 1).

[3] Fr. 60 § 1. 61, 62, D. XXIV, 1; fr. 22 § 7 D. XXIV, 3.

[4] Voy. *infrà,* p. 143, note 1.

La tutelle romaine en général (je parle de celle des mineurs comme de celle des femmes) devait passer par les mêmes phases que tous les autres pouvoirs domestiques. Dans la série de modifications qu'elle a subies, on peut suivre, comme à l'œil, le déclin des pouvoirs de la famille et les progrès du pouvoir social.

La tutelle des mineurs, par exemple, était à l'origine un droit de famille. L'autorité publique n'avait rien à voir dans une tutelle qui appartenait, ou à l'élu du père, ou aux plus proches parents du pupille, jamais à un étranger[1]. Ce qui prouve qu'elle était pour les parents un droit bien plus qu'une charge, c'est qu'elle leur était dévolue, lors même qu'ils étaient hors d'état de l'exercer[2]. Mais peu à peu les lois et la puissance publique intervinrent : les magistrats furent d'abord chargés de donner un tuteur à l'enfant orphelin qui se trouvait sans parents ; bientôt ils purent remplacer par un tuteur de leur choix le parent incapable de gérer lui-même la tutelle; enfin le tuteur fut placé sous leur contrôle et ne put faire aucun acte important sans leur autorisation[3]. La tutelle finit par n'être plus qu'une charge, et de son premier caractère de puissance domestique il ne lui resta plus que le nom[4].

L'histoire de la tutelle des mineurs est aussi celle de la tutelle des femmes. Cette tutelle était un droit, elle devint une charge ; elle était dans l'intérêt des tuteurs, elle fut subordonnée aux intérêts de la femme. Mais, tandis que ce changement fut pour la tutelle des mineurs un développement et un progrès, pour la tutelle des femmes, ce fut sa ruine. En effet, le vrai fondement de la tutelle des mineurs est dans l'incapacité naturelle du pupille, en sorte que, plus la loi asservira le tuteur aux intérêts du pupille, mieux la

[1] Cicéron, *de Invent.*, II, 50 : « Si pater familias intestato moritur, *familia* pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto. »

[2] Sauf à l'exercer alors par un curateur. Fr. 10 § 7, 12, D. XXVII, 1. La loi 10 § 1, D. XXVI, 4, d'Hermogénien, appartient à une jurisprudence postérieure.

[3] Ulpien, XI, 18, 23; Gaius, I, 182; fr. 17, D. XXVI, 2; fr. 1, D. XXVI, 7; fr. 3 § 4, D. XXVI, 10; D. XXVII, 9; L. 22, 25, C., V, 37.

[4] *Potestas.* Inst., I, 13.

tutelle répondra à sa véritable destination. Mais la femme n'était point considérée, dans le droit romain, comme incapable de sa nature, et si la loi la frappait de certaines incapacités, c'était dans l'intérêt de sa famille, c'est-à-dire de ses tuteurs : dès que l'intérêt des tuteurs ne s'y opposait plus, la femme reprenait le plein exercice de sa capacité naturelle. Donner à la femme des tuteurs étrangers, qui n'avaient aucun intérêt à contrôler ses actes, c'était, au fond, lui donner une pleine liberté. Aussi cette nouvelle tutelle ne fut-elle que l'ombre de l'ancienne : comme le dit Cicéron, les anciens tuteurs tenaient la femme sous leur dépendance, les nouveaux furent dans la dépendance de la femme à ses ordres [1].

Quels étaient donc ces nouveaux tuteurs, et comment parvint-on à déposséder, pour leur faire place, les anciens tuteurs légitimes? C'étaient d'abord les tuteurs testamentaires. On sait que le père qui avait gardé sa fille sous sa puissance pouvait lui donner un tuteur dans son testament. Le mari qui mourait ayant sa femme *in manu* jouissait du même droit; il pouvait même léguer à sa femme le droit de choisir elle-même son tuteur (*optivus tutor*), et l'on interprétait cette disposition en ce sens, que la femme pouvait, à chaque acte qu'elle passait, renouveler son option et se faire assister par un ami de son choix [2]. Ces divers tuteurs, n'ayant aucun intérêt à gêner ou surveiller leur pupille, n'exerçaient leur tutelle que pour la forme et ne servaient, en réalité, qu'à préserver la femme de la vraie tutelle, celle des agnats.

Viennent ensuite les tuteurs *datifs*, c'est-à-dire nommés par le magistrat. Nous voyons ici l'intervention de l'autorité publique apparaître en même temps que dans la tutelle des

[1] Cicéron, *pro Murena*, 12; Ch. Giraud, *la lex Malacitana* (*Revue hist. de dr. franc.*, t. XII, p. 305), 1866.

[2] Gaius, I, 150 et suiv. Remarquez que le mari seul a le droit de donner à la femme un tuteur *optivus*, non le père. La raison est que la femme, après la mort de son père, reste dans les liens de l'agnation et qu'il lui est interdit de tester; lui donner l'*optio tutoris;* ce serait lui permettre d'éluder cette prohibition. Au contraire, quand la femme a passé par la *manus mariti*, les liens d'agnation sont rompus, et l'on peut sans danger relâcher les liens de la tutelle.

mineurs et suivre la même marche. Une première loi charge le magistrat de donner un tuteur à la femme qui n'a point de tuteur légitime ni testamentaire. Ensuite une série de lois et de sénatus-consultes vient substituer des tuteurs datifs au tuteur légitime incapable ou empêché de gérer lui-même. Ce tuteur légitime est-il impubère, infirme, fou, la femme qui a quelque affaire importante à régler ira demander au magistrat de lui donner un tuteur pour cette affaire; bien plus, il suffira que le tuteur légitime se trouve absent, pour que la femme puisse faire nommer un tuteur datif, et, par cette nomination, s'affranchir pour toujours de la tutelle légitime [1].

Enfin, l'on imagina un expédient par lequel la femme, bien que placée sous la tutelle de ses agnats, parvenait à leur substituer des tuteurs à sa guise. C'est ici que la *manus* vient servir d'instrument pour renverser la tutelle. La femme se soumettait à la *manus*, non pour se marier, mais pour la forme, de connivence avec un ami complaisant, qui abdiquait ses pouvoirs le lendemain. Par là les liens d'agnation étaient rompus, la femme acquérait le droit de tester, et obtenait, sous la tutelle commode d'un homme de son choix, une complète indépendance [2].

Toutes ces diverses tutelles sont rangées par les auteurs anciens dans une même classe, qu'on oppose à la tutelle légitime [3]. Il y a, en effet, entre la tutelle légitime et ces tutelles nouvelles, une opposition radicale : la tutelle légitime se fonde sur un intérêt puissant, la conservation des biens dans les familles; les autres tutelles sont purement nominales et n'ont pour but que d'éluder une loi surannée. Les tuteurs légitimes, seuls juges de leur intérêt, ne peuvent être forcés de prêter leur autorisation [4]; les autres tu-

[1] Ulpien, XI, 18-22; Gaius, I, 173-180.

[2] Cicéron, *pro Mur.*, 12; Ulpien, XI, 5; Gaius, I, 115, 166, 195. — Pouvait-on se passer, pour cette *convention in manum*, de l'assentiment des tuteurs légitimes? Cpr. Ihering, t. III, note 390.

[3] « *Legitima* tutela — *alterius generis* tutores. » Gaius, II, 122.

[4] « Præterquam si magna causa interveniat. » Gaius, I, 192. — Cpr. *infrà*, p. 142, note 4.

teurs, simples figurants dans les solennités juridiques, sont tenus de jouer leur rôle : s'ils refusent d'autoriser, le préteur les y contraint[1]. Le tuteur légitime dispose comme il l'entend de son droit de tutelle, et peut à son gré ou le revendiquer ou l'abandonner en l'aliénant; le nouveau tuteur est tenu de s'acquitter de la charge qui lui incombe[2]. Enfin les pouvoirs du tuteur légitime sont perpétuels ; au contraire, quand la femme choisit un tuteur optif ou reçoit du magistrat un tuteur datif, c'est pour une affaire déterminée; cette affaire finie, la tutelle cesse, et la femme se trouve sans tuteur, sauf, quand une nouvelle affaire l'exigera, à choisir ou demander un tuteur nouveau[3].

Ces deux sortes de tutelle, sous la législation impériale, n'avaient plus de raison d'être. La tutelle légitime devait succomber avec les vieilles institutions aristocratiques; les autres tutelles devaient disparaître avec les derniers débris de l'ancien formalisme légal. Auguste commença par affranchir de toute tutelle la femme mère de plusieurs enfants; Claude supprima la tutelle des agnats ; enfin, un édit de Théodose, en octroyant à toutes les femmes le privilège de la maternité, les délivra toutes de la tutelle[4].

Mais le droit des agnats sur les biens de la femme devait recevoir encore une atteinte plus profonde : ils avaient perdu, avec la tutelle, la garantie de leur droit de succession; ce droit de succession lui-même devait leur être ravi. Sous Adrien, la femme obtient la faculté de tester[5], c'est-à-dire de dépouiller ses agnats; sous Marc-Aurèle, c'est la loi elle-même qui les dépouille, elle leur préfère les enfants

[1] Gaius, I, 190; II, 122.

[2] Aussi l'*in jure cessio* ne s'applique-t-elle qu'à la tutelle légitime.

[3] Gaius, I, 150, 176 et suiv.; Lange, *Rœmische Alterthümer*, Berlin, 1863 (2e éd.), t. I, p. 207.

[4] Gaius, I, 145, 194; III, 44 ; I, 157, 171; Ulpien, XI, 8; L. 3, C. Th. VIII, 17; L. 1, C. J. VIII, 59. — On trouve encore la tutelle des femmes mentionnée, mais pour la dernière fois, dans une loi de Dioclétien. Fr. Vatic., § 325. — Dans la loi 2, C. Th. III, 17, il ne s'agit que des femmes impubères. Savigny, *Verm. Schr.*, t. I, p. 282.

[5] Gaius, I, 115 *a*. — Elle eut besoin, il est vrai, de l'*auctoritas* de son tuteur ; mais ce tuteur n'était plus son agnat, la tutelle légitime étant abolie.

de la défunte; plus tard, elle leur préférera tous les collatéraux plus proches par le sang[1]. L'ancienne famille aristocratique et politique avait été détruite par la concentration des pouvoirs publics, et à sa place une famille nouvelle allait bientôt se former, sur les bases de la loi naturelle et sous l'inspiration du christianisme.

IV. Au temps où le mariage était une union sacrée et indissoluble, la *manus* en était la suite naturelle. En séparant à toujours la femme de son ancienne famille, en confondant tous ses intérêts avec ceux de son mari, la loi ne faisait que répondre au vœu même des époux. Mais, avec le relâchement du lien conjugal et la fréquence des divorces, la *manus* devenait impossible. N'eût-il pas été dérisoire d'attacher des effets irrévocables à une union qui n'était, le plus souvent, que le caprice d'un jour?

Nous ne rencontrons pas ici, comme pour la tutelle, une série de dispositions législatives venant battre en brèche une institution solide et puissante. La *manus* tombe d'elle-même, sans qu'on ait eu la peine de la renverser. Elle avait, en quelque sorte, perdu sa base dès le jour où, dans l'intérêt des agnats, on l'avait séparée du mariage : du moment qu'elle cessait d'être une nécessité légale, le progrès des mœ rs devait suffire pour l'abolir. Aussi ne peut-on assigner à sa disparition aucune date précise; Gaius, Ulpien, Papinien, en parlent encore comme d'une institution en vigueur[2]. Mais gardons-nous d'en conclure qu'elle était restée de leur temps telle encore que nous l'avons décrite. Des institutions séculaires ne disparaissent pas en un jour : un affaiblissement progressif précède et prépare leur chute. La *manus* ne fait pas exception à cette loi commune, et je voudrais essayer de montrer quels dommages successifs elle a subis avant que sa ruine ait été complète.

L'institution qui est venu altérer et dénaturer la *manus*, c'est la dot. La *manus*, comme je l'ai fait voir, était au fond un régime de communauté universelle, et, tant que les

[1] Dig., XXXVIII, 17 (Sc. Orphitien); L. 11, 15, C. J. VI, 58.
[2] Gaius, I, 112; Collat., IV, 7; Tacite, *Ann.*, IV, 16.

mariages furent indissolubles, ce régime répondit à tous les besoins; mais quand les divorces se multiplièrent, on sentit le besoin de séparer et de mettre à part le patrimoine de la femme, et le régime dotal fut inventé[1]. Les principes de ce nouveau régime pénétrèrent jusque dans la *manus* et la transformèrent. D'abord s'établit l'usage de faire promettre au mari, lors de la *conventio in manum*, de restituer à la femme, en cas de divorce, une partie des biens qu'elle lui avait apportés : c'était là une véritable dot. Plus tard, on en vint à sous-entendre cette clause usuelle et à obliger toujours le mari à restituer, lors du divorce, tous les biens que la *manus* lui avait fait acquérir. Dès lors la *manus*, au lieu d'être une communauté universelle, ne fut plus qu'une constitution de dot universelle[2]. C'est ici le lieu de s'arrêter un instant sur cette institution de la dot et de montrer combien elle a aidé à l'émancipation de la femme.

La constitution de dot, fort rare, comme je l'ai dit, dans l'ancienne Rome, était devenue, chez les Romains de la décadence comme chez les Grecs, une condition habituelle et presque essentielle du mariage[3]; et comme la loi a besoin de pousser au mariage dans une société corrompue, la constitution de dot finit par devenir légalement obligatoire. Cette obligation fut imposée, non-seulement au père de la mariée mais encore à ses agnats[4]; et parfois on vit l'État doter de ses deniers des filles indigentes[5].

Il ne suffisait pas d'assurer la constitution de la dot, il fallait en garantir la conservation, et tel fut aussi le but de la législation impériale. L'on eut soin de protéger la dot, non-

[1] C'est avec raison que les auteurs anciens rattachent aux premiers divorces l'origine du régime dotal. — Aulu-Gelle, IV, 3. — * Voyez plus loin la dissertation de M. Gide. « *Du caractère de la dot en droit romain.* »

[2] Il en était ainsi déjà au temps de Cicéron : « Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine. » *Topica*, 4; *pro Flacco*, 34, 35; Fr. Vatic., 115.

[3] A Rome comme en Grèce, c'est la dot qui distinguait en fait le mariage du concubinat. Plaute, *Trin.*, act. III, sc. 2, v. 63.

[4] Fr. 12 § 3, D. XXVI, 7; Cujas, *ad ed. Pauli*, L. 38 (éd. Fabrot, t. V, col. 615, E).

[5] Rein, *das Privatrecht der Rœmer*, p. 425.

seulement contre les dissipations du mari, mais même contre les entraînements de la femme : la femme ne put ni valider par son assentiment l'hypothèque du fonds dotal, ni cautionner son mari[1], ni le libérer en acceptant la restitution de sa dot durant le mariage[2]. Une barrière fut dressée entre les biens de la femme et ceux du mari, toutes les donations entre époux furent interdites[3]; enfin tout pacte par lequel la femme consentait à abandonner ou à restreindre ses droits dotaux fut annulé par la jurisprudence comme contraire à l'ordre public[4].

Mais la loi va plus loin encore : pour mieux assurer la conservation de la dot, elle fait fléchir tous les principes, elle place la dot en dehors de la loi commune, en dehors du patrimoine, à l'abri de tous les accidents juridiques auxquels le patrimoine est exposé. Ainsi, qu'une femme passe sous la *manus* d'un mari ou d'un étranger, qu'elle se donne en adoption, que son père la vende ou l'émancipe, dans tous ces cas sa personne civile est anéantie, toutes ses obligations périssent comme tous ses droits, mais la dot résiste à toutes ces vicissitudes, et au milieu de la destruction générale du patrimoine, elle conserve toujours son intégrité. Car, quels que soient les changements qu'éprouve la femme dans sa condition civile, il faut toujours qu'elle se marie ou qu'elle puisse un jour se remarier; il faut par conséquent que sa dot lui reste, et lors même que sa condition civile la rendrait juridiquement incapable de posséder aucun bien, sa dot lui resterait encore comme une sorte de propriété naturelle[5].

[1] Edits d'Auguste et de Claude. Fr. 2, D. XVI, 1; Demangeat, *du Fonds dotal*, p. 215. La vente du fonds dotal, au contraire, était validée par le consentement de la femme.

[2] C'est encore une disposition d'Auguste (L. Papia). Pellat, *Textes sur la dot*, p. 346.

[3] Les legs entre époux, eux-mêmes, furent étroitement réduits par les *decimariæ leges*. Quintilien, VIII, v, 19 : « Placet hoc ergo, o leges diligentissimæ pudoris custodes, decimas uxoribus dari, quartas meretricibus! »

[4] Fr. 14, 19, D. XXIII, 4; fr. 1 § 1, D. XXXIII, 4.

[5] L. 30, C. V, 12 : « ...cum eædem res, et ab initio uxoris fuerunt, et *naturaliter in ejus permanserint dominio*. » La dot n'est atteinte, ni par les changements d'état éprouvés par la femme (fr. 8, 9, D. IV, 5), ni par les changements d'état

Il est aisé de comprendre qu'un régime dotal ainsi organisé assurait à la femme l'indépendance sous quelque pouvoir qu'elle se trouvât placée, car les pouvoirs domestiques qui agissaient avec le plus d'énergie sur le patrimoine de la femme, n'avaient pour ainsi dire aucune prise sur les biens dotaux. La faveur de la dot faisait fléchir le pouvoir des tuteurs qui, à chaque nouveau mariage de la femme, se voyaient contraints par le magistrat de consentir à une nouvelle constitution dotale. La faveur de la dot faisait échec à la puissance paternelle : non-seulement le père était contraint, lui aussi, de fournir, la dot, mais, à la dissolution du mariage, il ne pouvait la reprendre qu'avec le consentement et le concours de sa fille, et cette dot, ainsi reprise, demeurait, autant et plus qu'un pécule, séparée et indépendante du patrimoine paternel[1]. Enfin, la dot dénaturait la *manus* et renversait la puissance maritale, la femme était, de fait sinon de droit, maîtresse et propriétaire de sa dot[2]; à chaque instant elle pouvait en exiger la restitution par un brusque divorce; et le mari, sans cesse sous le coup de l'action dotale, était dans la dépendance de sa femme; selon l'heureuse expression de Plaute : « En acceptant la dot, il vendait son pouvoir[3]. »

Ainsi disparut la *manus*[4]; ainsi se rompirent les liens qui tenaient la femme assujettie. Une seule incapacité restait encore : la femme ne pouvait exercer la puissance domes-

éprouvés par le mari (fr. 45, D. I, 7 , cpr. fr. 56 § 1, D. XXIII, 3) : quand les biens du mari sont frappés de confiscation, la dot est respectée. Dion Cass., XLIII, 50; XLVIII, 8.

[1] Si la fille se remariait, la dot devait être reconstituée : la nov. 97, c. 5, n'a fait ici que régler l'application des anciens principes. A la succession du père, la fille prélevait sa dot en la précomptant sur sa part : L. 12, C. III, 38; cpr. fr. 31 § 2, D. XXIV, 3.

[2] « Quamvis in bonis mariti dos sit, tamen est. » Fr. 75, D. XXIII, 3.

[3] Plaute, *Asin.*, I, 1, v. 74 : « Argentum adcepi, dote imperium vendidi. » — *Aulul.*, III, v, v. 60 : « Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri. — Dotatæ mactant et malo et damno viros. » — Horace, Od. III, 24, v. 19.

[4] L'on n'en trouve plus trace dans le Code Théodosien. Les auteurs du ve siècle en parlent comme d'une institution depuis longtemps abandonnée. Servius, *ad Æneid.*, IV, v. 104, v. 214; *ad Georg.*, I, v. 31; Boèce, *ad Cicer. Topic.*, 3; Isidore, *Orig.* V, XXIV, 26.

tique ni comme tutrice ni comme mère. Mais comme cette puissance avait beaucoup perdu de son importance, qu'il suffisait à la femme, pour être nommée tutrice, d'une autorisation impériale[1], qu'enfin les édits de Claude et d'Hadrien avaient accordé à la mère des droits de succession presque égaux à ceux du père[2], l'on peut dire que cette dernière différence entre les deux sexes s'était elle-même à demi effacée et que, de toutes les barrières élevées autour de la femme par l'ancien droit civil, rien n'était resté que d'inutiles débris.

III.

On vient d'assister au déclin et à la chute des anciennes institutions : on va suivre ici les progrès d'une législation nouvelle, qui, obéissant à une réaction inévitable, va s'efforcer de ramener sous le joug la femme trop tôt émancipée. Mais les incapacités qu'elle introduit diffèrent profondément de celles qu'avait établies l'ancien droit et dont le chapitre précédent a présenté le tableau : celles-ci n'avaient pour fondement que l'intérêt de la famille et pour objet que les rapports de la femme avec son père, son mari, ses agnats; les incapacités nouvelles, au contraire, vont être établies dans un intérêt public, elles vont réglementer les relations de la femme, non pas avec ses parents, mais avec les tiers; la femme sera incapable, non pas comme épouse, comme fille ou comme sœur, mais comme femme, la cause de son incapacité, ce sera son sexe, *fragilitas, imprudentia, imbecillitas sexus.*

Le premier pas du législateur dans cette voie nouvelle fut timide et indécis. La loi Oppia contre le luxe des femmes ne fut à l'origine qu'une mesure temporaire et provisoire,

[1] « Tutela *plerumque* virile munus est. » Fr. 16, 18, D. XXVI, 1; fr. 26, D. XXVI, 2.

[2] Sc. Tertyllien, Inst., III, 3, §§ 1 et suiv.; D. XXXVIII, 17.

prise en un moment de ruine et de détresse, lorsque les succès d'Annibal mettaient Rome à deux doigts de sa perte. Le danger passé, cette loi semblait destinée à disparaître aussi. Mais un ennemi plus redoutable qu'Annibal menaçait Rome toute puissante, le luxe et la débauche y pénétraient de toute part, et, pour en arrêter les progrès, l'on songea à rendre la loi Oppia perpétuelle. Caton l'Ancien, alors consul, combattit son abrogation dans une harangue mordante et passionnée, que Tite-Live a rendue immortelle. Mais le vieux Caton n'était plus de son siècle : « Il mettait, comme on l'a dit, son utopie dans le passé[1]. » La loi Oppia fut abrogée et les femmes romaines montrèrent ce jour-là que leur influence était de force à l'emporter sur celle du plus impérieux et du plus obstiné des consuls[2]. Plus tard cependant Caton et ses amis surent prendre leur revanche, et la loi Oppia fut suivie d'une série non interrompue de lois somptuaires qui se prolongea jusqu'au temps d'Auguste. Est-il besoin de dire que les mœurs ne s'en trouvèrent pas mieux?

Le meilleur moyen d'arrêter le luxe des femmes, c'était d'en tarir la source et de les empêcher de s'enrichir. Tel fut le but d'une loi nouvelle que Caton défendit avec autant d'énergie que la loi Oppia et avec plus de succès.

Les femmes pouvaient s'enrichir de trois manières : par succession, par donation, par testament. Quant aux donations, une loi récente[3] venait de les soumettre, pour les hommes comme pour les femmes, à des restrictions fort étroites. Restaient le testament et la succession.

On s'occupa d'abord du testament. Les successions légitimes présentaient moins de dangers, car elles ne pouvaient échoir qu'aux femmes agnates, qui se trouvaient toujours placées sous la tutelle légitime et ne pouvaient, en conséquence, s'obliger ni disposer de leurs biens. Il fallait donc

[1] Ch. Giraud, *Diss. sur la loi Voconia* (Mémoires de l'Acad. des Sc. mor. et pol., tome I du recueil des savants étrangers, p. 559).

[2] Tite-Live, XXXIV, 1-8.

[3] La loi Cincia, portée quelques mois avant la loi Oppia.

surtout empêcher les femmes de s'enrichir par testament : tel fut le but de la loi Voconia[1].

Cette loi n'établit pas de prohibitions absolues : pour gagner les suffrages de ce même peuple qui venait d'abroger la loi Oppia, Voconius et Caton furent contraints de biaiser et de recourir à des demi-mesures. De là ces dispositions compliquées et en apparence contradictoires qui font de la loi Voconia une des énigmes les plus impénétrables qui aient été proposées à la sagacité des érudits.

D'abord cette loi ne s'appliquait pas à tous les testaments : n'ayant pour but que de réprimer le luxe des femmes, il lui suffisait de priver les femmes des seules successions qui pussent entretenir le luxe, c'est-à-dire des successions opulentes. Les prohibitions n'atteignaient donc que les testaments des riches, probablement de ceux qui possédaient au moins 100,000 as[2].

Ensuite, la loi ne frappait pas toutes les dispositions testamentaires au profit des femmes, mais seulement les suivantes : 1° les institutions d'héritier, quelle qu'en fût la valeur : le testateur riche ne pouvait instituer une femme héritière, fût-ce même pour la fraction la plus minime de son héritage[3]; 2° les legs, mais seulement lorsqu'ils étaient excessifs : le testateur riche ne pouvait léguer à une femme plus de biens qu'il n'en laissait à l'héritier institué; la femme ne pouvait donc jamais recueillir tout au plus que la moitié de l'héritage[4]. Il paraît que les auteurs de la loi cherchèrent à couvrir cette seconde prohibition, plus dure

[1] An 585 de Rome (Ch. Giraud). Perizonius, *de lege Voconia*, Daventr., 1679; Savigny, *über die Lex Voc.* (Abh. der Akad., Berlin, 1820-1821); Hasse, *zur Lex Voc.* (Rhein. Müs., 1829); Bachofen, *die Lex Voc.*, Bâle, 1843; Mommsen, *Krit. Jahrbüch.*, 1845.

[2] Gaius, II, 274; Cicéron, *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 41.

[3] Gaius, II, 274; Cicéron, *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 42; Asconius, *ib.*

[4] Cicéron, *in Verr.*, Act. II, L. 1, c. 43 : « Quid, si plus legavit quam ad heredem heredesve perveniat? Quod per legem Voconiam ei qui census non sit, licet. » Quintilien, *Declam.*, 264. — Les *legs de partition* remplacèrent dès lors pour les femmes les institutions d'héritier; ainsi s'explique ce passage d'Apulée (*Metam.*, IX, 210) : « Cum uxore mea partiario tractabo, nec erciscundæ familiæ sed communi dividundo formula dimicabo. »

que la première, d'un couleur favorable et d'un prétexte spécieux, en alléguant l'intérêt du testateur lui-même : la loi, en réservant à l'institué une part de l'héritage, l'intéressait à faire adition et assurait ainsi l'efficacité du testament. Aussi ce chef de la loi Voconia fut-il probablement étendu aux légataires des deux sexes.

Dans les limites que je viens d'indiquer, l'incapacité de la loi Voconia était générale et la fille unique du testateur elle-même n'en était point exemptée[1]. Voilà qui paraît d'abord inexplicable : car la loi Voconia ne touchait point, je l'ai déjà dit, aux successions légitimes, et la loi des successions attribuait à la fille unique tout l'héritage du père intestat. Comment concevoir que le même législateur d'un côté appelât les filles à la succession de leur père, d'autre part défendît au père de tester en leur faveur? En voici peut-être la raison : la fille ne pouvait être héritière légitime de son père qu'à la condition de n'être point sortie de la famille paternelle; or, en ce cas, elle se trouvait toujours[2] placée sous la tutelle de ses agnats, et peu importait qu'elle s'enrichît, puisque tous les biens qu'elle acquérait restaient, par l'effet de la tutelle, comme immobilisés entre ses mains. Au contraire, la fille pouvait être instituée par son père bien qu'elle fût sortie de sa famille, et si elle y était restée, le testament paternel pouvait, en l'instituant, l'affranchir de la tutelle légitime. Dans les deux cas la fille passait sous une tutelle illusoire qui la laissait maîtresse de sa fortune. Or, ce que voulait la loi, ce n'est pas qu'aucune femme ne pût être riche, c'est qu'aucune femme ne pût être à la fois riche et indépendante, et corrompre les vieilles mœurs par le scandale de ses dissipations.

Plus tard, lorsque la tutelle légitime perdit de sa puissance et qu'on parvint à l'éluder, la loi Voconia se trouva insuffisante, et l'on sentit le besoin de réduire les droits

[1] Saint Augustin, *de Civit. Dei*, III, 21 : « Ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam. »

[2] Elle ne pouvait être en tutelle testamentaire; car, si nous la supposons héritière légitime de son père, nous supposons par là même que son père n'a pas testé.

des femmes dans les successions légitimes comme dans les successions testamentaires. Mais ici encore on dut se contenter de demi-mesures. On respecta les droits des filles[1], et l'on ne toucha qu'à ceux des agnates. Le concours et le partage égal entre les deux sexes ne furent conservés qu'au premier degré de succession collatérale, entre sœurs et frères ; au delà, les agnates les plus proches ne succédèrent qu'après les agnats les plus éloignés. Cette innovation fut introduite dans le même but que la loi Voconia dont elle complétait le système[2]. Mais le but de la loi ne fut point atteint : on éluda ses prohibitions par des fidéicommis[3], et le législateur se vit contraint de favoriser lui-même l'enrichissement des femmes pour favoriser les dots et les mariages. Jamais les femmes n'avaient été si riches qu'au commencement de l'Empire ; jamais surtout elles n'avaient fait un abus si scandaleux de leurs richesses[4]. Ce n'était plus le luxe, c'était le débordement de tous les vices qu'il fallait arrêter : de nombreuses lois portées dans ce but par Auguste vinrent amplifier et presque absorber la loi Voconia.

J'arrive ici aux fameuses lois Juliennes et Papiennes. Je n'en dirai que peu de mots, car elles ne touchent à mon sujet que par quelques-unes de leurs dispositions. Elles étaient destinées, dans la politique d'Auguste, à remplacer les anciennes institutions des tribunaux domestiques et de la censure, en frappant le désordre et le scandale par des pénalités civiles. Ainsi, par exemple, les femmes condamnées pour adultère, et elles étaient plus nombreuses qu'on ne saurait croire[5], ne pouvaient plus ni témoigner en jus-

[1] Le droit de succession des mères n'existait pas encore.

[2] Paul, *Sent.*, IV, 8, § 22; Gaius, III, 29.

[3] Gaius, II, 274.

[4] « C'est un fléau qu'une femme opulente, » s'écrie Sénèque : « Impotens malum est beata uxor. » *Controv.*, I, VI, 5. — Les riches Romaines ne confiaient point leur fortune à leurs maris, mais à des intendants, qui, parfois, jouaient aussi un autre rôle. Martial, V, 61 : « Crispulus ille quis est, uxori semper adhæret — Qui, Mariane, tuæ?... Uxoris res agit, inquis, — Iste meæ... Res uxoris agit? res ullas crispulus iste? — Res non uxoris, res agit ille tuas. »

[5] Dion Cassius rapporte (LXXVI, 16) que, lors de sa promotion au consulat, il y avait *trois mille* accusations d'adultère.

tice [1], ni contracter un mariage légitime [2], ni être instituées héritières, ni recevoir aucun legs ou fidéicommis. Ces deux dernières prohibitions atteignaient aussi les prostituées, les comédiennes, toutes les femmes notées d'infamie [3]. Les femmes de mœurs honorables elles-mêmes ne pouvaient recueillir les legs et les successions testamentaires qu'autant qu'elles se mariaient et avaient des enfants. A côté de ces peines contre le célibat, qui du reste s'appliquaient aux hommes comme aux femmes, la loi établissait de nombreux privilèges [4] au profit des époux qui avaient plusieurs enfants légitimes. Enfin, je dois rappeler les peines pécuniaires établies contre l'époux qui divorçait injustement ou qui donnait lieu au divorce par sa mauvaise conduite [5].

Quand Auguste proposa ces diverses lois, il rencontra une énergique résistance. Le peuple romain, qui assistait, avec une muette indifférence, au renversement de toutes ses libertés, se révolta dès qu'on voulut toucher à ses vices, et des comices tumultueux rejetèrent le projet du sénat [6]. Le prince recula, prit mieux son temps, et parvint à faire passer sa loi. Mais il ne parvint pas à arrêter ni à ralentir le débordement des mœurs, et il put se convaincre, par une déplorable expérience, que s'il est aisé à un despote de corrompre et de détruire les vertus publiques, il lui est moins facile de les rétablir.

Chaque effort du législateur pour contenir la débauche provoquait des raffinements de débauche nouveaux. La loi rendait les célibataires incapables d'acquérir les legs : on

[1] Fr. 18, D. XXII, 3; fr. 20 § 6, D. XXVIII, 1.

[2] Cette incapacité prononcée par la loi *Julia de adult.* (fr. 29 § 1, 11 § 13, D. XLVIII, 5), ne doit pas se confondre avec celle portée par la loi Papia et mentionnée à la note suivante.

[3] Cela résulte de ce que la loi Papia, d'une part, tenait le mariage avec ces femmes pour non avenu, d'autre part, privait des héritages et des legs toute personne non mariée. Cette incapacité, qu'on chercha souvent à éluder, fut confirmée par plusieurs lois postérieures. Suétone, *Domit.*, 8 : « Probrosis feminis... ademit jus capiendi hereditates. » Cpr. fr. 41 § 1, D. XXIX, 1 (Hadrien).

[4] Gaius, I, 145, 194; III, 49; Ulpien, XXIX, 3; Inst. III, 3 § 2.

[5] Voy. *suprà*, p. 136.

[6] Suétone, *Octav.*, 34; Properce, II, 6.

couvrit du nom de mariage les plus infâmes commerces[1], on se maria, comme dit Plutarque, pour avoir, non pas des héritiers, mais des héritages[2]. La loi punissait la femme adultère, en exceptant toutefois les prostituées : on vit des matrones romaines, pour échapper aux peines de l'adultère, faire publiquement métier de prostitution[3]. La loi conférait de nombreux privilèges aux citoyens pères de plusieurs enfants : les maris cherchèrent à se procurer ces privilèges en encourageant les désordres de leurs femmes[4]. Pour assurer la répression, il fallut que la loi invitât tout citoyen à dénoncer à la justice criminelle, non-seulement la femme adultère, mais encore le mari qui consentait à l'adultère de sa femme[5]. Et comme une grande partie des peines pécuniaires encourues pour ces délits de mœurs tombait dans les caisses de l'État, l'État répandit dans Rome et l'Italie des légions de délateurs à gages pour épier et divulguer la honte des familles[6]. Telles furent ces lois qu'Auguste intitulait lois sur la pudeur[7], et par lesquelles il se vantait d'avoir restauré les mœurs antiques[8]. Jamais

[1] Sénèque, *Fragm.*, XIII, 87 : « Nam quid de viris pauperibus dicam, quorum in nomen mariti, ad eludendas leges quæ contra cælibes latæ sunt, pars magna conducitur? »

[2] Plutarque, *de Am. prolis*, 2 (éd. Didot, t. III, p. 597).

[3] Suétone, *Tiber.*, 35 : « Feminæ famosæ, ut ad evitandas legum pœnas jure ac dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperunt. » Tacite, *Ann.*, II, 85 : « Gravibus senatus decretis libido feminarum coercita, cautumque ne quæstum corpore faceret cui avus aut pater aut maritus eques romanus fuisset. »

[4] Ausone, *Epigr.*, 89 : « Cui vivit adultera conjux — Papia lex placuit. » Juvénal, XI, v. 87 et suiv. — Le mari avait encore un autre intérêt : il pouvait, en répudiant sa femme adultère, gagner une partie de la dot.

[5] Fr. 29, D. XLVIII, 5.

[6] Tacite, *Ann.*, III, 28 : « Inditi custodes, et lege P. Poppœa præmiis inducti, ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret. Sed altius penetrabant, urbemque et Italiam et quod usquam civium corripuerant; multorumque excisi status, et terror omnibus intentabatur. »

[7] « Lex Julia de adulteriis et pudicitia. »

[8] Monum. Ancyr., II, 12 (Zumpt, Berlin, 1845) : « Legibus novi[s latis e]xempla majorum exolescentia [revocavi et fugientia] jam ex nost[ra memoria] avitarum rerum exempla imitanda [edictis me]is proposui. » — Les poëtes de cour ne manquaient pas de parler comme le prince. Voy. Horace, *Carm. sec.*, v. 17; Od., IV, 5, v. 21 : « Nullis polluitur casta domus stupris; — Mos et lex maculosum edomuit nefas, » etc.

la morale et la pudeur publiques n'ont été plus insolemment outragées, même au siècle honteux d'Octave et de Tibère, que le jour où ces princes s'avisèrent de les prendre sous leur protection.

Les lois romaines allèrent plus loin encore dans leurs essais de réforme morale; elles ne se bornèrent pas à punir la femme de ses dérèglements, elles lui interdirent jusqu'aux actes qui, sans être illicites, l'eussent fait sortir de la réserve qui convient à son sexe. L'austérité des mœurs d'autrefois enchaînait la femme au foyer domestique : les lois voulurent, à leur exemple, renfermer l'activité juridique de la femme dans le cercle de ses affaires privées, et lui défendirent, comme incompatibles avec les devoirs de son sexe, tous les actes par lesquels elle s'ingérait dans les affaires d'autrui. « Ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres[1] ! »

De là en premier lieu défense aux femmes de *postuler*. Sous l'ancienne loi, les femmes pouvaient agir devant les tribunaux, soit pour elles-mêmes, soit pour les autres[2]; mais elles firent de ce droit un tel abus, qu'elles portèrent, dit-on, le trouble et le scandale jusque dans l'enceinte de la justice. Aussi le préteur dut-il les priver par un édit du droit de postuler, c'est-à-dire d'agir en justice pour le compte d'autrui[3]. Bientôt l'on étendit la prohibition du préteur, on interdit à la femme de faire pour autrui aucun acte judiciaire[4]; on la déclara incapable de tenir une maison de banque[5]; on lui contesta même la capacité de témoigner en justice[6]; enfin on lui défendit de s'engager pour la dette

[1] Fr. 1 § 5, D. III, 1.

[2] Quintilien, I, I, 6. — Voy. *suprà*, p. 107.

[3] Fr. 1 § 5, D. III, 1 : « ... Origo vero introducta est ab *Afrania* (+ 48 a. J.-C.), improbissima femina, quæ inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto. » Valère Max., VIII, III, 2.

[4] Fr. 2, D. L, 17 : « Nec judices esse possunt, ... nec postulare, ... nec *procuratores* exsistere. »

[5] Fr. 12, D. II, 13 : « ... Cum ea opera virilis sit. »

[6] Remarquez les expressions dubitatives (*argumento est, ex eo colligitur* des fr. 18, D. XXII, 5; fr. 20 § 6, D. XXVIII, 1.

d'autrui, et ce fut l'objet du sénatus-consulte Velléien, qui, on le voit, se rattache comme un complément nécessaire à tout ce système de législation.

Et maintenant, pour clore cet aperçu général sur ces diverses lois, demandons-nous quel fut leur sort. Toutes furent bientôt reconnues impuissantes et vaines, et ne tardèrent pas à périr. Les lois somptuaires, si fréquentes jusqu'à Auguste, cessent à compter de ce prince [1]. La loi Voconia était déjà hors d'usage au temps d'Aulu-Gelle [2]. Les lois Papiennes, sans cesse modifiées et remaniées, disparurent enfin devant les progrès du christianisme [3] : seul le sénatus-consulte Velléien est resté; il a survécu à l'Empire et s'est imposé même aux conquérants de Rome. Détourné de sa destination première, il s'est plié à des usages nouveaux; né d'exigences locales et temporaires, il s'est trouvé répondre à des besoins durables et universels. Nous arrivons ici au point central de notre étude; arrêtons-nous un instant, et recherchons dans les Pandectes, auprès des interprètes officiels de notre sénatus-consulte, quel est le sens et l'esprit de ses dispositions.

IV.

Le sénatus-consulte Velléien ne s'annonce point comme une innovation législative [4]; il s'autorise d'une ancienne ju-

[1] Aulu-Gelle, II, 24; Macrobe, III, 17 (II, 13).

[2] Aulu-Gelle, XX, 1 : « Quid utilius plebiscito Voconio de coercendis mulierum hereditatibus? Omnia tamen hæc obliterata et operta sunt civitatis opulentia. »

[3] L. 1 § 2, C. VIII, 58.

[4] La date incertaine du S.-C. Velléien doit se placer entre l'avénement de Claude (fr. 2, D. *ht.* et la mort de Vespasien (fr. 16 § 1, D. *ht.;* cpr. fr. 2 § 47, I, D. I, 2). Voici, d'après les Pandectes, le texte du sénatus-consulte : « Quod Marcus Silianus et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re senatus voluntas servetur. »

risprudence qu'il prétend maintenir et confirmer : « Ita jus ante dictum esse videtur. » Où devons-nous chercher ces précédents juridiques? Est-ce dans les édits d'Auguste et de Claude, qui défendaient aux femmes d'intercéder en faveur de leurs maris? est-ce dans le principe traditionnel qui excluait les femmes de tout office viril? La question est plus importante qu'il ne semble, car notre loi va prendre une signification et une portée différentes, selon que nous la rattacherons à l'une ou à l'autre origine : les édits d'Auguste et de Claude furent rendus au profit des femmes et dans l'intérêt de leur dot; l'exclusion de tout office viril fut établie contre les femmes et dans l'intérêt de la morale publique. Si le sénatus-consulte n'est qu'une suite de cette exclusion, il faudra l'interpréter comme étant établi, non en faveur des femmes, mais contre elles; s'il n'est qu'une extension de l'édit d'Auguste, il faudra le considérer, au contraire, comme un privilège pour la femme, comme une mesure de protection et de faveur. Entre ces deux points de vue, l'on pourrait hésiter, si le sénat lui-même ne s'était expliqué assez nettement pour dissiper tous les doutes : ce n'est point l'édit d'Auguste qu'il invoque comme motif de sa décision, c'est uniquement l'ancien principe : « Feminas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non est æquum. » J'ai déjà montré quels intérêts sociaux, quelles exigences politiques forçaient alors le législateur à restreindre la capacité des femmes pour réprimer leur influence. Tel est aussi l'objet unique du sénatus-consulte Velléien.

Ne soyons pas surpris cependant si nous voyons les jurisconsultes romains, dans leur interprétation de cette loi, se préoccuper souvent de l'intérêt de la femme. C'est dans l'intérêt de la femme, en effet, ou du moins dans l'intérêt de la dot, qu'avaient été rendus les édits d'Auguste et de Claude. Ces édits furent absorbés plutôt qu'abrogés par la disposition plus large du sénatus-consulte Velléien. S'ils disparurent, leur motif, l'intérêt de la dot, subsista toujours, et put en

conséquence influer fréquemment sur l'interprétation du sénatus-consulte lui-même[1].

Nous avions besoin de ces notions préliminaires sur le but et l'esprit de la loi, pour nous servir de fil conducteur dans l'obscur dédale où se joue l'art ingénieux et subtil des jurisconsultes romains. Les femmes ne peuvent s'obliger pour autrui, telle est l'unique disposition du sénatus-consulte. On va voir que cette disposition est loin d'être aussi simple qu'il le semble[2].

La femme s'oblige pour autrui ou, suivant l'expression technique, elle *intercède,* lorsque, allant trouver un débiteur elle se joint à lui pour partager la charge de sa dette, ou se substitue à lui pour le libérer[3]. Dans les deux cas, la femme vient s'immiscer dans une obligation préexistante; mais il peut arriver aussi que son engagement constitue une intercession sans se rattacher cependant à aucune obligation antérieure et cela dans l'hypothèse que voici. Seius, qui a besoin d'argent, demande à Titius de lui en prêter; Titius hésite, il a des doutes sur la solvabilité de Seius, lorsqu'une femme intervient, et, prenant à sa charge les risques de l'insolvabilité de Seius, emprunte elle-même de Titius, pour faire ensuite passer à Seius les deniers empruntés[4]. En ce cas, la femme seule s'est obligée; son obligation est, en apparence, un acte isolé, indépendant; mais au fond ce n'est pas une intercession, et il en est de même dans tout contrat où c'est la femme qui s'oblige, tandis que c'est un tiers qui retire tout le profit[5].

[1] Cpr. fr. 2 §§ 2 et 3, 4 § 1, 21 § 1, D. *ht.*

[2] Cpr. Bachofen, *Ausg. Lehren des rœm. Civilrechts,* I, Bonne, 1848; Girtanner, *die Bürgschaft,* Iéna, 1850, t. I, ch. VII; Dubois, *de la Condition des femmes sous le rapport du S.-C. Velléien*, Paris, 1860.

[3] L. 4, C. *ht.,* IV, 29 : « Senatus-consultum locum habet, sive eam obligationem, quæ in alterius persona consistit, mulier *in se transtulit vel participavit.* »

[4] Fr. 8 § 14, D. *ht.* : « Si cum essem tecum contracturus, mulier intervenerit ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse. »

[5] En un mot, la femme intercède, tantôt en prenant à sa charge une obligation préexistante, tantôt en créant une obligation nouvelle : « Obligationem alienam recipit vel veterem vel novam. » Fr. 8 § 1, D. *ht.* Ce sont ces deux formes d'inter-

On voit par ces quelques exemples, que l'intercession peut revêtir les formes les plus variées, et que, pour savoir si un acte contient ou ne contient pas d'intercession, il ne faut point s'arrêter à la forme, il faut pénétrer jusqu'au fond même de l'acte, et découvrir, par l'analyse, s'il réunit en lui tous les éléments constitutifs de l'intercession prohibée. Quels sont ces éléments divers? Je vais tâcher d'en donner une indication à la fois rapide et complète.

Il faut, avant tout, que la femme s'oblige. Si, au lieu de s'obliger pour autrui, elle aliène en faveur d'autrui, le sénatus-consulte ne s'applique plus, et voici la raison qu'en donnent les interprètes : un appauvrissement certain et actuel est moins dangereux qu'un engagement dont on ignore les suites, car on s'y laisse moins facilement entraîner; « facilius se obligat mulier quam alicui donat[1]. » Les applications de cette première règle ne sont pas toujours aisées à déduire; en voici une, par exemple, qui peut nous fournir un échantillon de la dialectique à la fois si subtile et si sensée des jurisconsultes romains. Une femme, qui a sur le bien de son débiteur une première hypothèque, se retire, pour laisser monter au premier rang le créancier hypothécaire inférieur. L'acte est-il nul ou valable? La femme a-t-elle intercédé ou aliéné? Elle a aliéné, répondent Ulpien et Africain[2], si elle a complètement abandonné son hypothèque; elle a intercédé, au contraire, si, sans renoncer à son hypothèque, elle s'est seulement démise de son

cession que distingue le sénatus-consulte par ces mots : « Fidejussiones et mutui dationes pro aliis. »

[1] Fr. 4 § 1, 5, 8 § 5, D. *ht.;* cpr. fr. 32 § 2, D. *ht.* — * Dans une autre opinion, le sénatus-consulte Velléien viserait non-seulement les obligations contractées, mais aussi les aliénations consenties par la femme pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, lorsqu'elles ne constituent pas des donations. Seulement, comme la loi Cincia pour les donations, le Velléien ne permettrait de revenir que sur les aliénations imparfaites, celles qui n'ont pas à tous égards dépouillé l'ancien propriétaire. C'est ainsi qu'il faudrait expliquer un certain nombre de textes difficiles et importants et en particulier les fragments 32 § 2, D. XVI, 1; 39 § 1, D. VI, 1. Dans ce sens M. Labbé, appendice aux *Dissertations de droit romain et de droit français par E. Machelard*, 1882, p. 400 suiv.

[2] Fr. 8 et 17 § 1, D. *ht.*

rang au profit du créancier inférieur. Cette distinction, quelque subtile qu'elle paraisse, est néanmoins fort logique, et, ce qui vaut mieux, fort raisonnable : la femme qui renonce à son rang en faveur d'un autre créancier n'aliène rien, mais elle oblige en quelque sorte, envers ce créancier, le bien qui lui a été donné en gage, ce qui est tout autant une intercession que si elle obligeait son propre bien ou si elle s'obligeait elle-même. Si elle eût abandonné tous ses droits hypothécaires, la femme aurait consommé un sacrifice actuel et certain, ce qui lui était parfaitement loisible ; en ne cédant que son rang, elle s'expose pour l'avenir seulement à un préjudice éventuel dont elle ne peut mesurer l'étendue, et c'est précisément contre un tel danger que la loi a voulu la prémunir.

Il ne suffit pas que la femme s'oblige, il faut de plus qu'elle s'oblige pour autrui : si, en s'engageant, ce n'est point l'obligation d'autrui qu'elle a transportée à sa charge, elle est liée ; car elle n'est point incapable de s'obliger, mais seulement d'intercéder. Ici encore les applications subtiles abondent ; je choisis une des moins compliquées. Un tuteur allait mettre en vente certains biens de son pupille, sujets sans doute à dépérissement ; la mère du pupille, désirant que ces biens fussent conservés, est venue prier le tuteur de ne les point vendre, en lui promettant de l'indemniser si plus tard il était poursuivi comme ayant mal géré. C'est ce qui arrive en effet, le tuteur est condamné et recourt contre la mère. Pourra-t-elle s'abriter derrière le sénatus-consulte? Nullement, car elle n'a point intercédé. Sans doute elle s'est obligée, et obligée au profit du tuteur ; mais l'obligation qu'elle a assumée, ce n'est pas l'obligation même qui incombait au tuteur, c'est une obligation toute nouvelle et qu'elle seule a créée, par un contrat spontané et indépendant : « nullam obligationem recepit, sed ipsa fecit hanc obligationem[1]. » Elle aurait intercédé pour le tuteur, si elle s'était engagée envers le créancier du tuteur, c'est-à-dire

[1] Fr. 8 § 1, D. *ht.*; L. 22, C. *ht.*; Paul, *Sent.*, II, 11 § 2.

envers le pupille ; mais comment aurait-elle intercédé pour le tuteur en s'obligeant vis-à-vis du tuteur lui-même [1] ?

Il faut que la femme s'oblige, non-seulement pour autrui, mais dans l'intérêt d'autrui. Si, en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, si elle a quelque arrière-pensée intéressée, elle n'intercède pas dans le vrai sens du mot ; car intercéder, c'est gérer l'affaire d'autrui, ce n'est point gérer sa propre affaire [2]. Les juristes formulent d'ordinaire cette maxime, en disant que la femme est liée toutes les fois qu'elle a reçu le prix de son intercession. Et quand je dis le prix, je n'entends pas exiger que la valeur reçue par la femme constitue l'équivalent du préjudice qu'elle encourt ; que cette valeur soit considérable ou minime, peu importe, pourvu qu'elle soit la cause de son engagement. Ce qui importe, c'est l'intention de la femme : toutes les fois qu'elle aura *voulu* faire sa propre affaire, il n'y aura pas intercession, quelque préjudice qu'elle ait pu souffrir [3].

Il faut enfin, ceci est ma quatrième et ma dernière condition, que l'acte de la femme, bien qu'accompli dans l'intérêt d'autrui, ne constitue pas une donation. Car la femme est incapable d'intercéder, mais non de donner, et si elle peut donner à un débiteur l'argent dont il a besoin pour payer sa dette, pourquoi ne pourrait-elle pas lui faire la même donation en s'obligeant à sa place? Il y a, en effet,

[1] Fr. 19, D. *ht.;* fr. 71, D. XLVI, 1. Notre Cujas a résumé cette doctrine avec une précision digne des jurisconsultes romains eux-mêmes (*Recitat. ad* fr. 8 § 1, *ht.;* t. IV, col. 245, éd. Fabrot) : « Intercedit mulier, si nomine ejus quod pupillus debiturus est tutori, tutori indemnitatem promiserit ; item intercedit, si nomine ejus quod tutor debiturus est pupillo, pupillo indemnitatem promiserit. At contra : si nomine ejus quod pupillus debet tutori, ipsi pupillo mulier caverit, vel si nomine ejus quod tutor debet pupillo, ipsi tutori mulier caverit ; mulier non intercedit, sed *ipsa facit obligationem.* »

[2] Fr. 27 § 2, 8 § 2, 24, D. *ht.;* L. 2, 6, C. *ht.;* cpr. fr. 17, D. *ht.*

[3] Cpr. Vangerow, *Lehrbuch,* t. III, p. 164. Il se peut que la femme ait eu en vue en même temps son intérêt propre et l'intérêt d'autrui, qu'elle se soit engagée pour sa propre affaire jusqu'à due concurrence et en faveur d'autrui pour le surplus : en ce cas son engagement n'est valable que pour partie. Fr. 1 § 4, D. XX, 1. C'est ce qui a lieu souvent quand la femme s'engage comme codébitrice solidaire. Fr. 17 § 2, D. *ht.;* Demangeat, *des Obligations solidaires en droit romain,* p. 345.

entre la donation et l'intercession une différence capitale : la femme qui donne subit un appauvrissement actuel et une perte évidente; la femme qui intercède ne fait que s'exposer à une perte éloignée et incertaine; or le sénat, dit Ulpien, veut bien secourir la « femme qui s'engage, mais non pas celle qui donne, car on se laisse aller plus aisément à promettre qu'à donner[1]. » Pour que l'intercession dégénère en donation, que faut-il? Il ne suffit pas que la femme agisse dans un esprit de libéralité et de bienfaisance : il faut qu'il y ait donation *réelle*, c'est-à-dire appauvrissement de la femme, enrichissement de celui pour qui elle intervient. Ainsi la femme intercède plutôt qu'elle ne donne lorsqu'elle s'entremet comme caution, renonçât-elle à tout recours contre le débiteur qu'elle cautionne : ici, en effet, elle n'enrichit pas le débiteur qui reste soumis à la dette, et, si elle s'appauvrit en un certain sens, du moins entend-elle ne point s'appauvrir, car, en s'adjoignant au débiteur principal, elle veut lui faire part de son crédit et non de sa bourse. Supposez, au contraire, que, s'obligeant à la place d'un ami elle le libère gratuitement de sa dette, qu'empruntant dans l'intérêt d'un ami, elle lui abandonne gratuitement les deniers empruntés; dans ces deux cas elle n'intercède plus, elle donne, car l'enrichissement pour son ami, l'appauvrissement pour elle sont, l'un comme l'autre, actuels et certains.

Peut-être se demandera-t-on comment, dans ces deux cas, une intercession peut s'imaginer; car de deux choses l'une : ou la femme agit gratuitement, et alors elle n'intercède pas, elle donne; ou elle ne contracte que moyennant une indemnité, et ici encore elle n'intercède pas, car elle fait sa propre affaire. Quand donc peut-il y avoir intercession? Le voici : c'est quand celui dans l'intérêt de qui la femme intervient, au lieu de lui payer une indemnité, au lieu de recevoir d'elle une libéralité, s'oblige simplement envers elle à l'indemniser du dommage qu'elle

[1] Fr. 4 § 1, D. *ht.*

éprouvera. Dans ce cas, en effet, la femme ne *donne* rien ni ne *reçoit* rien, elle ne réalise ni perte ni acquisition actuelles, elle s'oblige et on s'oblige envers elle, et, s'exposant au danger d'un préjudice incertain et éloigné, elle obtient en échange une espérance d'indemnité incertaine et éloignée. C'est contre de tels actes, où les entraînements sont si faciles, que la jurisprudence a voulu prémunir la faiblesse des femmes. Là est la véritable intercession, celle que frappe le sénatus-consulte Velléien.

Comment la frappe-t-il? Ce n'est point par une prohibition directe, et tout lecteur peu familiarisé avec le style des lois romaines sera surpris à coup sûr du tour embarrassé et timide de notre sénatus-consulte : « Le sénat estime que les magistrats agiront sagement et régulièrement s'ils donnent leurs soins à ce que ses intentions soient observées. » Ce langage, si nouveau dans la bouche d'un législateur qui commande, est le style habituel et traditionnel du sénat. Le sénat qui, dans l'origine, n'était qu'un corps consultatif et ne pouvait donner que des conseils, conserva par tradition ses anciennes formules, même après que le caractère de ses pouvoirs eut changé, et continua à donner à ses décisions la forme d'avis ou de vœux, bien qu'elles fussent devenues des ordres[1]. Ainsi ne nous y trompons point : sous ces vagues circonlocutions du sénatus-consulte se cache une défense d'intercéder péremptoire et sévère; selon l'énergique expression du jurisconsulte Julien : « totam obligationem senatus improbat[2]. » Rien ne doit subsister de l'acte illicite qu'a réprouvé le sénat; et si la femme, dans l'ignorance de la loi, a payé une dette ainsi contractée, c'est là un paiement sans cause, nul comme la dette elle-même, et dont elle pourra réclamer la restitution[3].

[1] Brisson, *de Formulis*, L. 11, c. 73, 109; Ihering, *Geist. des rœm. Rechts*, t. II, p. 292.

[2] Fr. 16 § 1, D. *ht.* Le sénatus-consulte ne laisse pas même subsister l'obligation naturelle. Cpr. fr. 9 § 3, D. XIV, 7.

[3] Fr. 8 § 3, D. *ht.*; fr. 26 § 3, 40, D. XII, 6. Le paiement est nul comme paiement, mais il n'en est pas moins valable comme acte translatif de propriété; pour

Mais si la règle du sénatus-consulte est absolue, si elle ne reçoit pas d'exception proprement dite[1], elle reçoit des limitations, fondées sur la nature même des choses et sur l'intention et le but du législateur. Elle cesse de s'appliquer, par exemple, dès que l'intercession a une *juste cause,* et que la femme en intercédant ne fait qu'accomplir un devoir pieux. Si une femme engage son crédit pour procurer une dot à sa fille, si elle intervient dans un procès pour défendre son mari malade ou absent[2], peut-on lui reprocher de venir s'ingérer dans les affaires d'autrui? C'est son propre intérêt, ou mieux encore, c'est son devoir qui la fait agir; s'il y a intercession, il n'y a pas intercession prohibée.

L'application du sénatus-consulte cesse également dans un cas tout opposé, lorsque la femme se rend coupable d'un dol : « le sénatus-consulte, dit Ulpien[3], subvient à celles qui sont trompées, non pas à celles qui trompent. » La femme commet un dol, non-seulement lorsqu'elle abuse le créancier par ses manœuvres, mais encore lorsque, instruite elle-même du bénéfice qui la protège, elle le laisse ignorer au créancier : la réticence ici équivaut au mensonge[4].

Le dol ou la dissimulation, est-ce là le seul fait par lequel la femme se prive elle-même du bénéfice du sénatus consulte? Ne pourrait-elle pas encore s'en priver en y renonçant? La question est célèbre dans l'école, il en est peu qui aient suscité de si bruyants débats depuis les glossateurs jusqu'à nos jours; et cependant il n'en est pas peut-être où les principes soient plus simples et plus certains.

expliquer le fr. 32 § 2, D. *ht.,* qui accorde une revendication appuyée de la réplique du sénatus-consulte à une femme qui avait donné son fonds au créancier en paiement de son intercession, il faut supposer que la femme, ayant fait tradition d'un fonds *italique,* en avait retenu le *domaine quiritaire.*

[1] Fr. 2 § 5, 8 § 15, D. *ht.;* Paul, *Sent.,* II, 11 § 1.

[2] Fr. 41, D. III, 3; fr. 32 § 2, D. XII, 6; fr. 3 §§ 2 et 3, D. XL, 12.

[3] Fr. 2 § 3, D. *ht.*

[4] Fr. 30, D. *ht.* : « Si decipiendi animo vel cum sciret se non teneri mulier intercesserit, exceptio ei scti non datur. » Le dol se présume même, lorsque l'intercession n'est pas apparente. Voy. *suprà,* p 155.

Est-il, en effet, des principes plus incontestables que ceux-ci : nulle personne incapable ne peut, par sa propre volonté, s'attribuer une capacité que la loi lui dénie; une loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs est au-dessus de toutes conventions contraires? D'ailleurs la prohibition du sénatus-consulte Velléien, en particulier, n'est-elle pas absolue? Ne frappe-t-elle pas tout acte par lequel la femme chercherait indirectement à l'éluder, « omnia quæ in fraudem senatusconsulti excogitata probari possunt[1]? » Et pourrait-on concevoir que le législateur, en empêchant la femme de se soustraire subrepticement à ses ordres, lui eût permis de s'en affranchir ouvertement, et que, détruisant lui-même son œuvre, il eût autorisé d'un côté ce qu'il défendait de l'autre?

Aussi, la plupart des auteurs qui admettent la validité de la renonciation de la femme sont-ils forcés de reconnaître eux-mêmes que cette doctrine est contraire à l'esprit comme au texte du sénatus-consulte, et qu'elle n'a été introduite que plus tard, par une jurisprudence qui ne cherchait qu'à éluder la défense du sénat sous prétexte de l'expliquer. Que telle ait été, quelques siècles plus tard, la tendance de la jurisprudence, c'est ce que je reconnais volontiers, et ce que je montrerai dans la suite de cette étude. Mais qu'au temps des jurisconsultes classiques et au lendemain même du jour où le sénatus-consulte était promulgué, l'on ait réussi à en dénaturer le sens et à en fausser l'application, c'est ce que l'on ne pourrait croire que sur la foi des textes les plus formels. Quels sont ceux que l'on nous oppose? Ils se réduisent à trois : l'un est une décision d'espèce, qui, bien comprise, devient plutôt un argument en notre faveur[2]; quant aux

[1] Fr. 29 § 1, D. *ht.*

[2] Fr. 32 § 4, D. *ht.* : « Si mulier pro eo pro quo intercesserit judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, quoniam scti exceptionem opponere potest, *cavere debebit exceptione se non usuram*, et sic ad judicem ire. » Je ne ferai qu'une seule observation sur cette loi si discutée. Cette *cautio* imposée à la femme serait chose non-seulement inutile, mais inconcevable, s'il était permis à la femme de renoncer directement à son exception; car en ce cas, pour donner pleine sécurité au créancier, elle n'aurait qu'à déclarer qu'elle renonce, et dès ce

deux autres, c'est de Justinien qu'ils émanent, et comme leur objet évident est, non pas d'appliquer, mais d'abroger le droit classique, il faut les écarter de la discussion actuelle; le moment de les expliquer viendra plus tard.

Je puis donc clore ici ce rapide exposé de la jurisprudence romaine, et conclure en le terminant par le même principe que je posais au début : l'intercession des femmes est condamnée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est pour cela que la prohibition du sénatus-consulte Velléien frappe, non pas l'intercession de la femme au profit de son mari (elle était déjà prohibée), mais l'intercession de la femme au profit d'un étranger. C'est pour cela que la prohibition est absolue, qu'elle détruit l'obligation dans son essence, et qu'on ne peut ni l'éluder ni y renoncer. Telles sont la jurisprudence et la doctrine qui régnaient, non pas seulement à l'époque où le sénatus-consulte était promulgué mais deux siècles plus tard et jusqu'au déclin du droit classique. Quelles furent les destinées ultérieures de cette loi lorsque le droit romain, se séparant du paganisme, dut s'approprier à une religion nouvelle et à des peuples nouveaux? Mais, à ce moment, l'antiquité finit, le moyen âge commence et nous ne pouvons suivre plus loin l'histoire des antiques institutions romaines, sans les rapprocher des institutions chrétiennes ou germaniques dont le contact allait les rajeunir et les transformer.

moment son exception serait perdue; si donc la femme, même après sa renonciation, doit garantir, *in jure* et par une *cautio,* qu'elle n'usera pas de son privilège, c'est évidemment parce que, après et malgré sa renonciation, elle conserve encore son privilège et peut obtenir du préteur cette même exception à laquelle elle vient de renoncer. — Je conviens, au reste, que cette *cautio* n'était au fond qu'un détour pour éluder la loi; toutefois on avait ici une garantie contre la fraude, c'est le contrôle du magistrat entre les mains de qui la *cautio* était fournie; sans doute les juristes romains, toujours fertiles en expédients, avaient voulu ménager ainsi au magistrat un moyen pour échapper à l'application de la loi dans le cas où elle eût compromis des intérêts précieux.

LIVRE DEUXIÈME

PASSAGE

DE L'ANTIQUITÉ AUX TEMPS MODERNES

LIVRE DEUXIÈME

PASSAGE

DE L'ANTIQUITÉ AUX TEMPS MODERNES

Quand on passe de l'étude de l'antiquité à celle du moyen âge, il semble tout d'abord qu'on sorte de la région de l'ordre et de la lumière pour entrer dans celle des ténèbres et du chaos. Dans les législations de l'antiquité classique, tout est régulier, symétrique, harmonieux ; dans les coutumes du moyen âge, au contraire, on n'aperçoit d'abord que diversité, confusion, incohérence. Au lieu d'un temple grec ou latin aux formes simples et pures, on a sous les yeux un monument gothique dont les lignes principales se dérobent sous l'exubérance confuse des détails. Cette richesse, cette diversité dans les détails fait le trait distinctif de la législation du moyen âge, de même que la simplicité et l'unité dans l'ensemble caractérisent les législations anciennes. Le génie centralisateur des Romains avait su coordonner tous les éléments du droit en un vaste système et grouper toutes les nations du monde civilisé en un immense empire. Mais le jour où l'Empire d'Occident succomba, cette double unité fut brisée; les liens de cette puissante centralisation qui avait absorbé tous les citoyens dans l'État et tous les États dans Rome furent à jamais rompus; l'indépendance individuelle, longtemps comprimée, fit explosion de toute part, et l'on vit chaque peuple, chaque cité, chaque

corporation, on pourrait presque dire chaque famille, se donner un statut local et une législation particulière.

Mais avant de chercher, dans les diverses nations de l'Europe, ce qui les distingue et les sépare, je voudrais d'abord dans ce livre montrer ce qui les unit. Bien qu'ayant suivi des chemins différents, elles sont toutes parties du même point, elles ont toutes conservé, malgré la diversité de leurs destinées, l'empreinte de cette commune origine, et celles-là mêmes qui ont marché dans les directions les plus opposées, la Suède et l'Espagne, par exemple, présentent aujourd'hui encore plus de ressemblance que n'en offrirent jamais la Perse et l'Inde, la Grèce et l'Égypte. Quelle que soit en effet, dans l'Europe chrétienne, la variété des lois et des coutumes locales, on les réduit, en les décomposant par l'analyse, à trois éléments, toujours identiques quoique diversement combinés : le droit romain, qui, de nos jours encore, retient assujettis à une même influence la plupart des peuples qu'il réunissait autrefois sous une même autorité ; les coutumes nationales des Germains et des Scandinaves, qui, sorties avec ces peuples du Nord de l'Europe, ont tout envahi jusqu'à la Méditerranée et ont partout altéré l'élément romain; enfin le droit canonique, ou plus généralement les principes de droit dérivés du christianisme, qui forment la base commune et indestructible de toutes les lois européennes.

CHAPITRE PREMIER

LE CHRISTIANISME.

Parlons d'abord du christianisme; ce point de vue domine tous les autres. C'est l'influence chrétienne qui a fait de l'Europe une patrie commune, et de toutes les nations qui l'habitent une seule famille de peuples. Si ces nations ne se rattachaient entre elles que par leur passé, si elles n'avaient pour tout lien que les souvenirs d'une commune origine, ce lien serait allé se relâchant de siècle en siècle; mais grâce au christianisme, tous les peuples européens poursuivent un même idéal, marchent vers un même but, en sorte que chaque pas en avant dans les voies de la civilisation, loin de les séparer, les rapproche les uns des autres. De plus, sans l'influence de l'Église, comment deux droits aussi opposés l'un à l'autre que le droit romain et le droit germanique, auraient-ils pu se rapprocher et s'unir? Comment deux substances aussi hétérogènes auraient-elles pu se combiner et se confondre? C'est le christianisme qui a dompté et assoupli ces éléments rebelles, et qui, reliant en un seul corps ces matériaux incohérents, a servi comme de ciment dans l'édifice des législations modernes.

Je ne dois rechercher ici, parmi les effets du christianisme, que le changement apporté dans la condition civile de la femme. Pour mesurer toute la portée de ce changement, un coup d'œil rétrospectif est nécessaire.

On a pu remarquer, en lisant les chapitres qui précèdent, que, chez les diverses nations païennes, la condition de la femme est restée à peu près stationnaire au milieu du progrès général des lois et de la civilisation. Elle est même plutôt allée en déclinant, et tous les documents qui nous

restent sur les âges primitifs nous montrent la femme plus respectée, plus honorée, au sein d'institutions et de mœurs encore grossières et barbares, qu'elle ne l'a été plus tard sous les législations raffinées et savantes des siècles d'Auguste et de Périclès. Ce fait paraît étrange et inexplicable au premier abord; mais, si l'on y réfléchit, l'on y reconnaîtra l'effet d'un vice inhérent au paganisme lui-même. Dans les sociétés païennes, le progrès était l'œuvre, non pas de la religion, mais de la philosophie; la foi religieuse déclinait au contraire chez ces peuples à mesure qu'ils s'élevaient des ténèbres à la lumière. Mais ces hautes spéculations de la sagesse antique n'étaient accessibles qu'à des esprits formés par une culture assidue : ce n'est pas pour un sexe voué aux humbles devoirs du ménage qu'étaient faits les sublimes enseignements d'un Socrate et d'un Platon. Toutes les voies du progrès étaient donc fermées pour la femme; elle restait vouée, avec le bas peuple, aux superstitions et à l'ignorance, et, à mesure que le niveau de la civilisation s'élevait autour d'elle, son abaissement n'en devenait que plus profond.

L'émancipation de la femme rencontrait un obstacle plus puissant encore dans les tendances matérialistes du paganisme. Dans toutes les législations de l'antiquité, sans en excepter même celle des Hébreux, l'unique but du mariage, l'unique emploi de la femme ici-bas, c'est de donner à l'homme une postérité. Se marier pour avoir des enfants, telle est la formule consacrée par la religion et par les lois, chez les Grecs comme chez les Romains, et depuis l'âge héroïque jusqu'aux derniers jours du paganisme. Avec un tel principe, que devenaient la dignité de la femme et le caractère sacré de l'union conjugale? Du moment que le mariage n'avait d'autre fin et d'autre but que la procréation des enfants, le législateur devait l'organiser de manière à ce que ce but fût plus sûrement atteint; il devait tolérer, favoriser même en certains cas les répudiations et la polygamie. Et en effet, de tous les peuples de l'antiquité, il n'en est pas un seul qui n'ait consacré dans ses lois, soit la polygamie proprement dite, soit cette sorte de polygamie successive qui

résulte de la liberté des divorces. Sans doute, chez des sociétés pauvres et guerrières comme les Grecs du premier âge ou les Romains de la République, l'austérité des mœurs a pu résister quelque temps à l'influence d'un principe corrupteur; mais tôt ou tard le principe a prévalu, le germe a porté ses fruits, et l'on a vu le mariage profané, les liens de la famille brisés, la femme asservie ou avilie. Tel est le spectacle que nous a offert naguère l'étude des institutions romaines sous l'Empire : les lois Papiennes sont l'expression la plus logique et comme le dernier mot du principe qui réduit le mariage à n'être qu'un moyen de conserver les familles. On sait déjà ce qu'il faut penser de ces lois qu'on avait intitulées, comme par ironie, lois sur la pudeur, et qui ne firent qu'encourager et légaliser la débauche, l'adultère, la prostitution. Celui de tous les peuples de l'antiquité où la femme avait été le plus honorée, est aussi celui où elle fut le plus avilie.

Mais au moment même où l'on promulguait les lois Papiennes et où la corruption parvenait à son comble dans la capitale de la civilisation antique, les habitants ignorants et grossiers des bourgades de la Galilée recevaient, de la bouche d'un jeune juif humble et pauvre comme eux, la doctrine qui devait renouveler le monde. Ce nouveau docteur n'ordonnait pas, comme la loi juive ou la loi païenne, que l'on répudiât l'épouse stérile; mais il disait : « que l'homme ne sépare point ceux que Dieu a unis[1]. » Il ne livrait pas, comme les anciennes lois, aux fureurs d'une multitude toujours avide de scandale et de sang, la femme surprise en adultère; mais, faisant taire d'un mot ses accusateurs, il lui disait : « Va-t'en et ne pèche plus à l'avenir[2]. » Il ne faisait pas de l'autorité maritale un pouvoir violent et oppresseur; il ne disait pas, comme le législateur antique, que le mariage doit enlever la femme à sa famille et laisser le mari dans la sienne; mais, renversant en quelque sorte les rapports des deux époux pour mieux rétablir entre eux

[1] Saint Matthieu, XIX, 6.
[2] Saint Jean, VIII, 11.

l'égalité, il disait : « L'homme quittera son père et sa mère et s'attachera à sa femme[1]. » Et les disciples du Christ disaient après lui : « Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église en sacrifiant sa vie pour elle[2]. » De même que l'autorité maritale, l'autorité paternelle se transformait, dans la loi du Christ, en un devoir d'affection et de dévouement : « Ce n'est pas aux enfants, disait saint Paul, à amasser du bien pour leurs pères, mais c'est aux pères à en amasser pour leurs enfants[3]. » C'était renverser par la base le système du droit romain, et donner pour fondement à la puissance paternelle, non plus l'intérêt du père, mais celui des enfants eux-mêmes. Aussi cette puissance est-elle attribuée par la loi chrétienne à la mère aussi bien qu'au père : l'un et l'autre ont un droit égal au respect et à l'obéissance de leurs enfants; et pour mieux exprimer le contraste entre la loi ancienne et la loi nouvelle, saint Paul qui ne manque jamais de joindre le nom de la mère à celui du père quand il consacre les droits de la puissance paternelle, s'adresse toujours au père et au père seul quand il réprouve les excès de cette puissance[4]. En un mot, c'est une révolution radicale dans la constitution de la famille que la loi de l'Évangile vient accomplir : elle brise le despotisme domestique, et recompose l'unité de la famille en liant tous ses membres par des devoirs mutuels; elle relève et ennoblit le mariage en le rattachant à une céleste origine, elle en fait une union si intime et si sainte que Dieu seul peut la rompre; enfin, tout en assignant à l'homme et à la femme des devoirs séparés, elle proclame le principe de l'égalité entre les deux sexes : « Il n'y a plus ni Juif ni Grec, ni esclave ni libre, ni homme ni femme; car vous n'êtes tous qu'un en Jésus[5]. » Désormais l'humanité sait quel est le but vers lequel doivent tendre ses efforts, et tous les progrès des ins-

[1] Saint Matthieu, XIX, 5; saint Marc, X, 7.
[2] Saint Paul, *ep. ad Ephes.*, V, 25.
[3] *Ep. ad Ephes.*, VI, 1 et suiv.; *Ep. ad Coloss.*, III, 20.
[4] *Ep. ad Galat.*, III, 28.
[5] *Ep. II ad Corinth.*, XII, 14.

titutions humaines ne consisteront plus qu'à se rapprocher sans cesse du type idéal révélé par le Christ.

C'est cette réalisation progressive des principes chrétiens dans les lois et dans les mœurs que nous devons étudier maintenant; du moins dans sa première période. Les vérités de l'Évangile ne restèrent pas un seul instant à l'état d'oisives théories; ce n'était point une théorie nouvelle, mais une vie nouvelle que Jésus-Christ était venu répandre dans le monde, et, à sa voix créatrice, l'on vit surgir aussitôt, du sein d'une société vieillie et expirante, une société régénérée, pleine de vie et de jeunesse. Cette société nouvelle répudia d'abord avec horreur tout ce qui tenait au paganisme : elle se fit des mœurs, des institutions, des coutumes, on pourrait presque dire une législation particulière. Entre la plus corrompue de toutes les sociétés païennes et la société chrétienne la plus pure qui fut jamais, rien ne pouvait être commun; aussi, lorsque quelque différend s'élevait entre les néophytes, allaient-ils porter leurs débats, suivant le précepte impératif de l'Apôtre[1], non devant un magistrat, mais devant les plus éclairés d'entre leurs frères. C'est ainsi que se forma, secrètement et à l'ombre de la législation romaine, une sorte de droit à part à l'usage des premières communautés chrétiennes, droit peu connu et que l'histoire a trop rarement mis en lumière. Ce n'est pas, en effet, dans les canons de l'Église victorieuse et toute-puissante qu'on peut retrouver les monuments de ce droit primitif : pour les découvrir, il faut pénétrer jusque dans les ténèbres des catacombes et rechercher, dans les inscriptions qui couvrent les tombes des martyrs, les rites et les coutumes de l'Église persécutée[2].

Quel contraste entre la législation officielle de l'Empire et les règlements obscurs de cette société proscrite! Rappelez-vous seulement les lois Papiennes, et comparez avec

[1] *Ep. I ad Corinth.*, VI, 1-6.

[2] Rossi, *Roma christiana*, Romæ, 1861; Hildebrand, *De nuptiis et natalitiis veter. christ.*, Helmst., 1650; Emmerich, *Tract. de sponsalibus et matrim. sacr.*, Erfurt., 1747.

le mariage païen tel que l'avaient fait ces lois, le mariage chrétien tel que nous le décrivent les premiers Pères de l'Église. « Qui pourrait célébrer dignement, s'écrie l'un d'eux, la gloire et la félicité de cette union? L'Église en serre les nœuds, l'oblation des prières la consacre; la bénédiction en devient le sceau, les anges en sont les témoins, ils en portent le message dans le ciel, et le Père céleste la ratifie[1]. » Dès le premier siècle de l'Église, tout mariage chrétien est sanctifié par les prières des fidèles assemblés et par la bénédiction de l'évêque; l'union qui n'aurait pas reçu cette consécration publique, aurait été réprouvée par la communauté et considérée comme un commerce illicite. « Il convient, écrit saint Ignace, que l'évêque intervienne dans les mariages, afin qu'ils s'accomplissent suivant la volonté du Seigneur, et non pas au gré des passions charnelles[2]. » Dans une union ainsi scellée par Dieu lui-même, peu importait la condition civile des deux époux : devant Dieu, il n'y a plus « ni barbare ni Grec, ni esclave ni libre[3]; » aussi les mots de *concubina*, de *contubernalis*, ne se rencontrent-ils jamais sur les tombes des épouses chrétiennes, fussent-elles étrangères ou esclaves. Tout mariage béni par l'Église et contracté par la libre volonté des époux[4] avait la même valeur et les mêmes effets.

Le premier de ces effets était l'indissolubilité du lien conjugal : rien ne pouvait plus séparer ceux que Dieu même avait unis. « Ne parlez pas, disaient les Pères[5], de

[1] Tertullien, *ad uxor.*, II, 9 (Paris, 1657, t. I, p. 592).

[2] *Ep. V ad Polycarpum* (éd. Hefele, Tubing., 1855, p. 240) : « Πρέπει δὲ τοῖς γαμοῦσι καὶ ταῖς γαμουμέναις, μετὰ γνώμης τοῦ ἐπισκόπου τὴν ἕνωσιν ποιεῖσθαι, ἵνα ὁ γάμος ᾖ κατὰ Θεὸν καὶ μὴ κατ' ἐπιθυμίαν. » Saint Ignace subit le martyre sous Trajan, ce qui place vers la fin du 1er siècle la date de cette épître. — Tertullien, *de pudic.*, 4 (t. I, p. 447) : « Ideo penes nos occultæ quoque conjunctiones, id est non prius apud Ecclesiam professæ, juxta mœchiam et fornicationem judicari periclitantur. » — Ambroise, L. IX, *epist.* 70 (Bâle, 1538, t. III, p. 212).

[3] Saint Paul, *ep. ad Galat.*, III, 28. Cpr. Decret. Grat., II, caus. XXIX, qu. 2.

[4] Le consentement personnel de la fille était toujours requis, et suffisait même parfois : « ... Nisi puella in eadem ætate fuerit, ut jure licentiori sibi ipsa eligat quod velit. » Saint Augustin, *ep.* 233 *ad Benenat* (Paris, 1637, t. II, p. 335).

[5] Saint Jean Chrysostome, *Homel.* 17 *in Matth., hom.* 19 *in I Corinth. c.* 7 (Paris, 1718, t. VII, p. 227; t. X, p. 160).

lois qui ordonnent de signifier la répudiation; Dieu ne vous jugera point sur les lois des hommes, mais sur les siennes. » L'adultère seul était considéré, par certains docteurs de l'Église, comme une juste cause de répudiation et de divorce[1]. Dans cette union indissoluble de l'homme et de la femme, toutes les jouissances et toutes les charges étaient communes, tous les devoirs étaient réciproques, tous les droits étaient égaux. « Ce que la loi divine prescrit à l'un des époux, écrivait saint Jérôme, est par cela même imposé à tous les deux. Autres sont les lois des Césars, autres les lois du Christ; autres les préceptes de Papinien, autres ceux de l'apôtre Paul. Les païens lâchent le frein à l'impudicité des hommes; ils se contentent de leur interdire l'adultère avec les femmes mariées et le viol des filles libres; ils leur livrent les esclaves, ils leur ouvrent le lupanar. Chez nous, ce qu'on défend aux femmes, on ne le permet point aux hommes, et le même devoir tient asservis les deux époux[2]. » En imposant aux deux époux les mêmes devoirs, la loi chrétienne leur accordait aussi les mêmes droits, et le plus précieux des droits que donne le mariage, le droit sur la personne des enfants, se partageait également entre la femme et le mari[3].

Si maintenant nous sortons du cercle étroit de la famille, si nous suivons la femme au dehors, dans la société, dans l'Église, partout nous la voyons relevée de son ancien abaissement, placée à côté de l'homme, associée à ses honneurs comme à ses travaux et à ses souffrances. Jésus lui-même avait consacré cette égalité : il n'avait pas,

[1] Cpr. saint Matthieu, V, 31, 32; saint Épiphane, *Hæres.*, LIX, 4 (Colon., 1682, t. I, p. 497); saint Basile, *ep. ad Amphilochium*, 9, etc.

[2] Saint Jérôme, *ep. ad Oceanum* (Paris, 1623, t. I, p. 198) : « ... Aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit. Apud illos, viris impudicitiæ frena laxantur, et, solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur; quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. Apud nos, quod non licet feminis, æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur. » — Cpr. saint Paul, *ep. I ad Corinth.*, VI, 16.

[3] Saint Augustin, *ep.* 233 *ad Benenatum* (t. II, p. 335) : « Puellæ, fortassis quæ nunc non apparet, apparebit et mater, cujus voluntatem, in tradenda filia, *omnibus*, ut opinor, natura præponit. »

comme le fondateur de la philosophie antique, repoussé dédaigneusement la femme ignorante, et réservé pour les esprits d'élite ses doctes et élégants entretiens; c'est au cœur qu'il avait parlé, et les femmes, autant, si ce n'est mieux que les hommes, avaient su comprendre des enseignements qui se résumaient tous dans la charité. Aussi, dès les origines du christianisme, les voit-on marcher à côté des apôtres dans les rangs de cette armée missionnaire qui, partie d'abord du fond de la Judée, envahit bientôt tout le monde romain pour le conquérir à l'Évangile. Aquilas et Priscille, dont les livres saints ne séparent jamais les noms[1], sont le type de ces unions chrétiennes, où une *épouse sœur*[2], c'est le mot de saint Paul, partageait les travaux de l'apôtre, ses périls, son martyre. « Les époux chrétiens, disent les Pères[3], sont deux fidèles réunis sous le même joug; ils ne sont qu'une même chair, qu'un même esprit; ils prient ensemble, ils jeûnent ensemble, toujours ensemble, dans l'assemblée des frères, à la table de Dieu, dans les souffrances et dans la paix. » Sans doute il est des fonctions et des dignités dans l'Église qui restent fermées aux femmes[4]; mais il en est d'autres, en revanche, qui leur sont spécialement réservées : si la prédication n'appartient qu'aux hommes, aux femmes est plus particulièrement dévolu l'exercice de la charité. Les *diaconesses* occupent une place considérable dans l'administration des églises primitives : elles distribuent les aumônes, visitent les malades, instruisent les femmes et les assistent au moment de leur baptême[5]. Il en est qui créèrent des hospices, ouvrirent des écoles, présidèrent aux destinées des églises naissantes. Rome vit la descendante de ses consuls et de ses dictateurs,

[1] Saint Paul, *ep. ad Roman.*, XVI, 3, 4; *ep. I ad Corinth.*, XVI, 19; *ep. II ad Timoth.*, IV, 19.

[2] Saint Paul, *ep. I ad Corinth.*, IX, 5.

[3] Tertullien, *ad uxorem*, II, 9.

[4] Saint Paul, *ep. I ad Timoth.*, II, 12 : « Διδάσκειν δὲ γυναικὶ οὐκ ἐπιτρέπω; » *ep. I ad Corinth.*, XIV, 34, 35.

[5] Saint Paul, *ep. I ad Timoth.*, V, 9 et suiv.; Constit. apostol., III, 16. Cpr. J. Godefroid, *ad L.* 27, *C. Th.*, XVI, 2 (t. VI, p. 61).

la noble patricienne Fabiola, vendre tous ses biens pour fonder un hôpital, où elle allait panser de ses propres mains les plaies des indigents et des esclaves. « À ses funérailles, écrit saint Jérôme, ni les places, ni les portiques, ni les terrasses des maisons ne suffisaient à contenir la multitude. Tous les peuples différents que la ville renferme se réunirent en un seul pour célébrer de concert la gloire d'une pénitente[1]. » Si Rome païenne avait eu ses héroïnes, Rome chrétienne en compta plus encore : les femmes, dans l'ancienne Rome, ne partageaient point les périls et la gloire des combats ; mais dans les combats non moins sanglants et plus glorieux encore que livra l'Église, les femmes surent combattre avec les hommes, périr avec eux, et se montrer leurs égales devant les persécutions et le martyre[2].

Mais l'Église eut enfin la victoire, elle sortit des catacombes pour s'asseoir à côté du trône des Césars et dès ce moment ses institutions entrèrent dans une phase nouvelle. Ses prêtres, autrefois simples arbitres, devinrent des magistrats ; ses assemblées d'évêques, autrefois simples conseils, devinrent des chambres législatives ; ses coutumes, naguère dépourvues de sanction publique, devinrent des lois. Ces lois constituent le droit canonique, dont nous devons maintenant étudier de plus près le caractère et l'influence.

J'espère que je ne surprendrai et ne scandaliserai personne, si je dis que le droit canonique diffère sensiblement de ces coutumes de l'Église primitive que j'exposais tout à l'heure. Je n'ai ici en vue, bien entendu, que le côté temporel et civil des lois ecclésiastiques ; or, en fait d'institutions temporelles, il est évident que celles de quelques petites

[1] Saint Jérôme, *ep. ad Oceanum* (t. I, p. 201).

[2] Rien ne prouve mieux le rôle important joué par les femmes dans la primitive Église, que le grand nombre d'écrits qui les concernent dans les œuvres des Pères. Saint Jérôme, sur cent lettres théologiques, en adresse cinquante à des femmes ; quinze de ses traités sur vingt ont l'éducation des femmes pour objet ; il dédie à Paula et à Eustochium de nombreux livres de la Vulgate, les explications des psaumes à Principia, son Traité contre les montanistes à Marcella, etc. Tertullien a ses traités *de cultu feminarum, de velandis virginibus, de monogamia, ad uxorem suam.* De même saint Cyprien, saint Ambroise.

communautés de saints et de martyrs ne pouvaient devenir celles de populations immenses encore tout imbues des erreurs païennes. En prenant en main les intérêts civils et temporels de ces populations et en leur dictant des lois, l'Église crut devoir accommoder ces lois à leurs besoins et à leurs faiblesses : tout ce que peut faire le meilleur législateur, n'est-ce pas de donner à ses peuples les lois les moins mauvaises qu'ils soient en état de supporter?

De toutes les institutions civiles, le mariage est celle que le droit canonique a le plus soigneusement réglementée, et voici l'idée d'où découlent toutes ses prescriptions : le mariage est un mal nécessaire, qu'il faut tolérer, mais dont on doit restreindre l'usage. Et si l'on se rappelle ce qu'était devenue l'union conjugale dans la société romaine, on concevra aisément que les Pères de l'Église, en présence de cette débauche légalisée qui n'avait du mariage que le nom, aient confondu parfois dans leur réprobation le mariage et l'incontinence. Cette réaction vers l'ascétisme, dont les premières tendances se laissent entrevoir jusque dans les écrits apostoliques [1], s'accroît et s'exagère à mesure que le contact de l'Église avec un monde corrompu devient plus intime, et le danger de la contagion plus imminent. « Mettons la main à la cognée, s'écrie saint Jérôme, et coupons par ses racines l'arbre stérile du mariage. Dieu avait bien permis le mariage au commencement du monde, mais Jésus-Christ et Marie ont consacré la virginité. » Dès le quatrième siècle, telle est la doctrine de l'Église universelle, et la sainteté parfaite de l'union conjugale ne compte plus pour défenseurs que quelques hérésiarques comme Jovinien ou Vigilance [2]. Des écrits des Pères, cette doctrine passe bientôt dans les lois : l'Église

[1] Saint Paul, en conseillant le célibat, a soin d'avertir qu'il n'a pas reçu cette doctrine de Jésus-Christ. « Περὶ δὲ τῶν παρθένων, ἐπιταγὴν Κυρίου οὐκ ἔχω, γνώμην δὲ δίδωμι ὡς ἠλεημένος ὑπὸ Κυρίου πιστὸς εἶναι. » *Ep. I ad Corinth.*, VII, 25. Cpr. Hermas, *Pastor*, II, IV, 4; saint Irénée, *adv. hær.*, 11.

[2] Saint Jérôme, *ep.* 22 *ad Eustochium* (t. I, p. 144); *c. Jovinian.*, I, 9 (t. II, p. 330). La doctrine générale des Pères, c'est que le mariage est une suite du péché originel, et que, sans la première faute, Dieu aurait pourvu autrement à la conservation de l'espèce humaine. Saint Jean Chrysostome, *de virgin.* (t. I, p. 282).

défend le mariage à ses clercs [1], et ne pouvant l'interdire aux simples fidèles, elle s'applique à en restreindre l'usage et à le réduire, pour ainsi dire, au strict nécessaire. Le principe professé par les Pères, c'est qu'il n'est jamais permis de se marier qu'une seule fois : « Tout second mariage, disent-ils, n'est au fond qu'un adultère [2]. » Les canons ecclésiastiques tempèrent cette rigueur : ils tolèrent quoique avec une défaveur marquée [3], une seconde union en cas de décès du premier époux; mais ils l'interdissent absolument en cas de répudiation ou de divorce, ou, pour employer le langage moderne, ils substituent au divorce la séparation de corps [4]. Plus tard les interprètes du droit canonique feront un pas de plus dans cette voie dangereuse : la loi avait imposé des restrictions au mariage; ils imposeront, dans le mariage même, des restrictions aux rapports des époux entre eux, et, partant toujours de ce principe, que le mariage n'est qu'un mal nécessaire, ils en déduiront, avec cette logique subtile familière aux casuistes, la conséquence qu'il n'y a de rapports conjugaux licites que ceux qui ont pour but la procréation des enfants [5].

En rabaissant ainsi la dignité du mariage, les canonistes rabaissaient par cela même la dignité de la femme. Déjà aux yeux de bien des Pères de l'Église, la femme n'est, depuis la première faute, qu'un instrument de tentation et une occasion de chute. « Femme, dit Tertullien, tu devrais toujours être vêtue de deuil et de haillons, n'offrant aux regards

[1] Concile d'Elvire, an 305, can. 33; concile de Néo-Césarée, an 314, can. 1.

[2] « Ὁ γὰρ δεύτερος γάμος, εὐπρεπής ἐστι μοιχεία. » Athénagore, *Apolog.*, 28; Constit. apostol., III, 2.

[3] Des pénitences sont imposées pour les secondes noces. Concile de Néo-Césarée, an 314, can. 3; Corrector Burchardi, can. 248 (Wasserschleben, *die Bussordnungen*, Halle, 1851, p. 679) : « Qui venerit in secundas nuptias, penitentiam unum annum agat eo quod bigamus est; trigamus vero, VII; si quartam, XIV. Si autem quintam, difficile ut apta penitentia inveniatur. »

[4] Conciles d'Elvire, an 305, can. 8-10; d'Arles, an 314, can. 10. Cependant le divorce pour cause d'adultère est encore autorisé, jusqu'au IXe siècle, par plusieurs pénitenciers. Wasserschleben, *Bussordn.*, p. 168, 170, 213, 215, 582.

[5] Decr. Gr., II, c. 7 § 2, caus. XXXIII, qu. 4; c. 10, caus. XXVII, qu. 2; c. 5, caus. XXXII, qu. 4; Sanchez, *de matrimonio*, Anvers, 1652, L. IX, *disput.* 8-11.

qu'une pénitente noyée dans les larmes, et rachetant ainsi la faute d'avoir perdu le genre humain? Femme, tu es la porte du démon! c'est toi qui as corrompu celui que Satan n'osait attaquer en face; c'est à cause de toi que Jésus-Christ est mort[1]. » Cette croyance en la supériorité morale de l'homme sur la femme est consacrée par les textes les plus décisifs du droit canon : « L'homme seul a été créé à l'image de Dieu, mais non la femme; en conséquence, la femme doit être la subordonnée, et presque la servante et l'esclave de l'homme[2]. » Fidèle à ce principe qui est celui de tous les codes de l'antiquité, le droit canonique, en tout ce qui regarde la condition des femmes, ne fait presque que copier le droit romain, et ce que l'on a dit de la loi païenne peut également s'appliquer à la loi chrétienne : « *In multis articulis, deterior est conditio feminarum quam masculorum*[3]. »

Comme le droit romain et plus exclusif encore, le droit canonique ne connaît d'autre régime nuptial que celui de la dot[4] : il rejette également, et la communauté qui associe et égalise les intérêts des deux époux, et la paraphernalité absolue qui les sépare; il exige le régime dotal qui rend la femme incapable et impuissante[5]. Comme le droit romain, le droit canonique exclut la femme de tous ces offices que les anciens appelaient *virils*, et qui sortent du cercle des affaires privées : il lui défend de s'obliger pour autrui, de plaider pour autrui, d'exercer un arbitrage, d'intenter une accusation; plus sévère que les lois romaines, il lui défend

[1] *De cultu feminarum*, I, 1 (t. I, p. 126).

[2] Can. 13-19, caus. XXXIII, qu. 5 : « ... Mulier non est facta ad imaginem Dei... Hinc apparet quemadmodum subditas feminas viris et *pene famulas* lex esse voluerit uxores. »

[3] Fr. 9, D. I, 5.

[4] On oppose le canon 17, caus. XXVII, qu. 2 : « *Cum societas nuptiarum* ita a principio sit instituta... » Mais il m'est impossible, malgré l'autorité de la glose et de nombreux auteurs, de voir dans ce mot *societas*, emprunté à la langue des jurisconsultes romains, une allusion à la communauté de biens entre époux.

[5] « Nullum sine dote fiat conjugium. » C. 6, caus. XXX, qu. 5. — Sur les privilèges de la dot, voy. c. 5, X, *de pignor.*, III, 21; c. 28, X, *de jurejur.*, II, 24. Les canons appliquent au *morgengab* ou douaire les règles de la *donatio propter nuptias*. C. 6, X, *de donat. int. vir. et ux.*, IV, 20.

même de déposer en justice et tient son témoignage pour indigne de foi[1].

Ainsi l'on ne saurait le méconnaître, la loi ecclésiastique elle-même n'a pu échapper entièrement, dans les prescriptions civiles, à l'influence persistante des traditions païennes. Mais, quelles qu'aient été ses taches, gardons-nous d'oublier ses mérites et ses bienfaits. Si, comme les lois païennes, elle a trop souvent fait de la procréation des enfants l'unique fin de l'union conjugale, elle a, d'un autre côté, relevé l'honneur du mariage en l'érigeant en sacrement et en le déclarant indissoluble[2]. Si, comme les lois païennes, elle a frappé les femmes de nombreuses incapacités civiles, elle a néanmoins favorisé leur émancipation, en luttant en leur faveur contre une féodalité oppressive qui sanctionnait partout le droit du plus fort. Quand, pour punir sur un monarque la violation de la foi conjugale, le Saint-Siège lançait ses foudres et soulevait les peuples, il consacrait un principe plus élevé encore que celui de l'indissolubilité du mariage : il proclamait, à la face d'une société livrée à toutes les violences de la force brutale, l'égalité de droit du plus fort et du plus faible, de l'homme et de la femme.

Ce n'est pas tout : si l'on veut savoir tout ce qu'on doit a l'Église dans le développement général du droit civil, il faut regarder au delà du droit canonique. L'Église n'a pas seulement réformé le droit en promulguant ses canons et ses décrétales, mais encore en transformant par son influence

[1] C. 17, caus. XXXIII, qu. 5 : « Noc docere enim potest, nec testis esse, neque fidem dare. » C. 1, X, *de frigid.*, IV, 15 : « Tibi (marito) credendum est, quia caput es mulieris. » C. 3, caus. XXXIII, qu. 1 ; c. 1-3, caus. XV, qu. 3 ; c. 4, X, *de arbitr.*, I, 43. *Nec obst.*, c. 3, X, *de test.*, II, 20 ; c. 4, X, *de confirm. ut.*, II, 30 : si l'abbesse de Gandersheim, dans cette loi, agit comme *procuratrix*, c'est en vertu des prérogatives attribuées par le droit féodal aux dames suzeraines.

[2] Remarquez toutefois que, si l'Église a fait du mariage un sacrement, ce n'est pas qu'elle l'ait considéré comme pur et saint en lui-même, c'est au contraire pour corriger ce qu'il a en lui-même d'impur. Le sacrement n'est ici, suivant l'expression des théologiens, qu'un *remedium* : « Sacramentorum... alia remedium contra peccatum præbent et gratiam adjutricem conferunt, ut baptismus... ; alia in remedium tantum sunt, ut conjugium. » Pierre Lombard, *Sentent.*, liv. V, dist. 2 (Rothomag., 1651, t. II, p. 4).

les lois romaines et les lois barbares et féodales. C'est ce que va nous montrer la suite de ces recherches, en étudiant le moyen âge dans ses origines romaines et germaniques, nous allons retrouver à chaque pas l'influence du christianisme.

CHAPITRE II.

ROME SOUS LES EMPEREURS CHRÉTIENS.

Nous devons maintenant faire un dernier retour à la loi romaine. Nous avons vu cette loi, si étroite et si rigide dans sa forme primitive, se détendre et s'élargir sous l'influence de la philosophie grecque; nous allons la voir s'élargir encore sous l'influence du christianisme. Transformé par l'esprit grec, le droit de Rome était devenu le droit commun de toutes les nations païennes; transformé par l'esprit chrétien, il va devenir le droit commun de tous les peuples civilisés.

Bien des auteurs ont confondu ces deux révolutions législatives en une seule; déniant au christianisme toute influence sur les destinées du droit romain, ils n'ont voulu voir, dans les réformes dues aux empereurs chrétiens eux-mêmes, que le développement des germes que la philosophie païenne avait semés[1]. Cette question, si importante pour l'historien, n'est point oiseuse pour le juriste : dans l'immense champ des constitutions impériales, si incohérentes et souvent si contradictoires, l'on ne peut démêler le sens et l'esprit de chaque disposition, sans discerner quelle influence morale l'a dictée. Pour cela il faut avant tout distinguer deux périodes dans l'histoire de la législation des Césars, la période païenne et la période chrétienne.

[1] Cette opinion, soutenue surtout en Allemagne par l'école de Hégel, a été combattue par M. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris, 1855 (2e éd.).

Cette illustre école de jurisconsultes qui, depuis Labéon jusqu'à Ulpien, remplit les deux premiers siècles de l'Empire, ne relève que de la philosophie antique, et le monument qu'elle a laissé peut être considéré comme l'œuvre suprême du paganisme expirant. Il est même digne de remarque que jamais la jurisprudence romaine n'a jeté plus d'éclat qu'au moment où tout semblait devoir périr avec la ruine des vieilles croyances et des antiques libertés. Tout ce qui restait encore de force et de vie chez les Romains dégénérés, fut refoulé, par l'effet même du despotisme, dans l'étroit domaine de la jurisprudence civile. Quand les comices et le forum furent déserts et que la curie fut muette, les Romains retrouvèrent encore, dans les basiliques où siégaient les préteurs, quelque reste de tous les biens qu'ils avaient perdus : la liberté des débats publics, le culte des antiques traditions, le respect du droit. La tyrannie des Césars, soit politique, soit indifférence, tarda longtemps à pénétrer jusque dans cet asile. Les derniers amis de la liberté s'y réfugièrent, et, en quelque sorte, s'y retranchèrent : ils firent du droit civil un domaine à part, régi par la justice et l'équité, et nettement séparé d'avec le droit politique et public, qui demeurait abandonné à l'arbitraire et à la violence. Cette séparation du droit civil et du droit public, que les Romains n'avaient qu'imparfaitement réalisée jusqu'alors et dont les autres peuples n'avaient pas même eu l'idée, est l'œuvre capitale des jurisconsultes de l'Empire : par là, ils assurèrent la stabilité des droits privés, en les plaçant hors de cette région pleine d'orages et de tempêtes où résident les droits politiques, et ils surent accomplir ainsi, au sein même du despotisme, une œuvre utile à la liberté. De plus, le droit privé, une fois dégagé des liens qui l'enchaînaient au droit public, put se développer plus librement et s'ouvrir à des réformes demeurées impossibles jusque-là. Le sujet même de cette étude peut nous en fournir un exemple : tant que le droit civil et le droit politique demeurèrent liés l'un à l'autre, l'incapacité politique des femmes, admise en général par tous

les peuples, dut nécessairement entraîner pour elles une certaine incapacité civile[1]; c'est la jurisprudence savante élaborée durant les premiers siècles de l'Empire, qui, en séparant les droits privés des droits publics, rendit possible la pleine capacité civile des femmes et la prépara pour l'avenir.

Mais le despotisme envahissant des Césars atteignit enfin la liberté jusque dans sa dernière retraite : le droit privé finit par subir le sort du droit public et ne fut plus que la volonté d'un seul homme. Peu à peu l'empereur enleva aux citoyens leur droit de juger, aux magistrats leur droit d'interpréter, aux jurisconsultes leur droit de consulter; et, à la fin du troisième siècle, toutes les attributions du législateur, du juge, du jurisconsulte même s'étaient concentrées en lui seul[2]. Dès lors l'école des jurisconsultes philosophes disparut, le progrès de la jurisprudence s'arrêta, et le droit romain sembla, comme l'Empire lui-même, toucher au terme de ses destinées.

Mais à peine l'ère de la jurisprudence classique vient-elle de se fermer, qu'une ère nouvelle s'ouvre, et que la jurisprudence romaine s'anime d'une nouvelle vie. Tout est renouvelé, la forme comme le fond, dans les lois des Césars de Byzance : l'ancien droit poussait au mariage, le nouveau droit pousse au célibat; l'ancien droit proclamait la liberté du divorce, le droit nouveau déclare le mariage indissoluble; l'ancien droit limitait les affranchissements, les lois nouvelles les multiplient. Et ces lois qu'auraient désavouées les Papinien et les Marc-Aurèle, sont cependant si pleines

[1] C'est parce que les femmes n'avaient pas de puissance dans la cité, qu'on leur refusait la *potestas* et le droit de tutelle dans la famille. — Plus tard, sous l'empire de la féodalité, on verra le même phénomène se reproduire : la souveraineté étant attachée, sous ce régime, à la propriété, la femme ne pourra plus être propriétaire. Voy. *infra*, liv. IV, ch. 1 § 2.

[2] Hadrien, en établissant l'*édit perpétuel*, immobilise la jurisprudence; Dioclétien fait un pas de plus, il nomme et révoque les juges; enfin Constantin va plus loin encore, il réserve à l'empereur seul le droit d'interpréter la loi : « Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem, nobis solis et oportet et licet inspicere. » L. 1, C. I, 14.

d'équité et de sagesse, qu'elles vont devenir, dans les codes de Théodose et de Justinien, le droit commun de l'Europe chrétienne durant une longue suite de siècles. Quel est donc l'esprit nouveau qui a fait surgir, du sein d'une société épuisée et mourante, une législation si pleine de vitalité et d'avenir? quel est-il, si ce n'est cet esprit qui régénérait en même temps les arts, la littérature, la civilisation tout entière, l'esprit de « celui qui était mort pour donner la vie au monde? »

Dès que le christianisme est devenu la religion de l'Empire, les évêques remplacent, dans les conseils du prince, les disciples de l'ancienne philosophie. Aussi les constitutions impériales d'alors n'ont-elles pas de meilleurs commentaires que les écrits des Pères de l'Église. Il n'est guère de réforme législative réalisée par Constantin ou ses successeurs dont les Pères n'aient par avance signalé le besoin et en quelque sorte formulé le projet. Lactance, dans un livre adressé à Constantin lui-même, s'élevait contre l'infanticide et l'exposition des enfants : Constantin et Valentinien punissent l'infanticide et font nourrir aux frais de l'État les enfants nés dans l'indigence[1]. Saint Basile condamnait le mariage du beau-frère avec la belle-sœur : Constance et Théodose déclarent cette union incestueuse[2]. Les Pères déploraient cette facilité des divorces grâce à laquelle « les maris changeaient de femmes comme on change de vêtements : » les empereurs interdisent le divorce par consentement mutuel[3]. Les lois de l'Église exigeaient la publicité des mariages : les lois de l'Empire prescrivent la même publicité[4]. Un instant seulement, l'on voit cesser cet accord entre les canons ecclésiastiques et les constitutions impériales; c'est sous le règne de Julien. Chaque édit de cet em-

[1] Lactance, *div. Instit.*, VI, 20 ; L. 1, C. Th., V, 7; L. 1, C. Th., IX, 14; L. 1 et suiv., C. Th., XI, 27.

[2] Saint Basile, *epist.* 197 *ad Diod. Tars.;* L. 2, C. Th., III, 12.

[3] Astérius, *Homil. V* (Paris, 1695, p. 151); L. 1, C. Th., III, 16 (Constantin); L. 8, C. J., V, 17 (Théodose II).

[4] L. 1, 3, C. Th., III, 7. J'aurais pu faire les mêmes rapprochements au sujet des secondes noces, du célibat, de l'adultère, de la tutelle, etc.

pereur est un retour vers la jurisprudence qui précéda la victoire de l'Église, une réaction contre les réformes de Constantin et de Constance, qui ne sont à ses yeux que les impies perturbateurs des saintes institutions du passé[1]. N'est-ce pas là une dernière preuve que les empereurs chrétiens voulaient rompre avec les traditions de l'ancien droit, pour fonder sur les principes du christianisme un nouveau système de législation?

Gardons-nous cependant d'exagérer le caractère de cette rénovation législative. Ni Constantin ni aucun de ses successeurs n'eurent jamais la pensée de tout renverser pour tout reconstruire. La société romaine était encore trop païenne au fond, pour qu'on pût songer à extirper tout élément païen de ses institutions civiles. La réforme des empereurs catholiques ne fut donc que partielle : en faisant une place dans leurs lois aux innovations chrétiennes, ils laissèrent une place à côté pour les traditions du paganisme. Rome eut en quelque sorte deux législations en présence l'une de l'autre, et à ces deux législations correspondent deux sources de droit qui sont toujours restées distinctes : d'un côté, le recueil des jurisconsultes classiques, représentants de l'antiquité païenne; de l'autre, l'œuvre des législateurs chrétiens, le code des constitutions impériales. Et, pour le dire en passant, ces deux législations si diverses, malgré la disparate qu'elles offrent au premier abord dans le recueil de Justinien, se sont corrigées et complétées l'une l'autre, et ont également contribué, chacune pour sa part, à assurer la suprématie de la loi romaine. C'est aux jurisconsultes anciens que le droit romain doit cette régularité de construction et cette pureté classique de formes qui en ont fait le type éternel de toute législation savante; c'est

[1] Ammien Marcellin, XVI, 21 : « ... Julianum, memoriam Constantini, ut novatoris turbatorisque priscarum legum et moris antiquitus recepti, vexasse. » Le principe réactionnaire est écrit dans toutes les lois de Julien : « Quæ diu servata sunt permanebunt. » L. 1, C. Th., V, 12; — « ... instare veteribus institutis. » *Ibid.*; — « majorum instituta intemerata servari. » L. 2, C. Th., III, 13; 4, C. Th., IV, 9; 5, C. Th., IX, 17. C'est ainsi qu'il rétablit l'ancienne liberté des divorces. Godefroid, *ad C. Th.*, t. I, p. 303.

aux empereurs chrétiens qu'il doit cet esprit si équitable, si large, si vraiment humain, qui l'a rendu propre à régner également dans les temps et sur les peuples les plus divers.

Poursuivons maintenant les traces de cette influence mitigée du christianisme, dans les changements qu'ont subis la constitution de la famille et la condition civile de la femme. L'antique puissance paternelle assurait l'unité de la famille en absorbant tous ses membres dans la personne de son chef. Quand le pouvoir public arracha le glaive au pouvoir domestique, l'unité de la famille fut brisée, et il fallut la rétablir sur un principe nouveau. Ce principe, la loi l'emprunta à l'Évangile : ce fut celui de la réciprocité des affections et des devoirs.

Telle est l'idée qui a dicté cette célèbre loi des successions[1], la plus équitable et la plus sage qui fut jamais, laquelle, rejetant tout privilège d'agnation et de sexe, mesure le droit de chaque parent au degré d'affection qui lui est dû, et veut que tous ces droits soient réciproques, comme le sont tous les devoirs de parenté. La même réciprocité se retrouve dans tous les rapports de famille, entre l'époux et l'épouse, entre les parents et les enfants. L'Évangile avait dit que « ce n'est point aux enfants à recueillir du bien pour les pères, mais aux pères à en amasser pour les enfants[2]. » Aussi les empereurs chrétiens ne se contentent-ils pas d'assurer aux fils de famille la propriété de tout ce qu'ils acquièrent[3], ils leur assurent pour l'avenir le patrimoine de leurs parents en consolidant leurs droits de succession par de nombreuses garanties. Ils élèvent le taux de leur *légitime* et les arment d'actions plus énergiques pour la réclamer[4]. Ils vont jusqu'à déclarer inaliénable, dans l'intérêt des enfants, une partie des biens du père et de la mère : ces biens sont les gains de survie[5], les donations *propter nuptias,* et la dot.

[1] Nov. 118 et 127. Justinien, an 543 et 547.

[2] Saint Paul, *ep. II ad Corinth.,* XII, 14.

[3] Ce sont les *biens adventices.* C. J., liv. VI, tit. 60 et 61.

[4] C. J., liv. III, tit. 28 (L. 30 et suiv.), 29 et 30; nov. 18 et 115, c. 3.

[5] Nov. 22, c. 20; nov. 98; nov. 127, c. 3. — Ces biens sont même considérés

La dot, il est vrai, était déjà inaliénable au temps d'Auguste, mais inaliénable seulement pour le mari; sous Justinien, la défense devint absolue, le consentement de la femme ne peut plus valider l'aliénation. Or, quand Justinien complète ainsi la défense édictée par Auguste, ce n'est pas, comme on pourrait le croire, qu'il veuille continuer l'œuvre de ce prince et poursuivre le même but. Loin de là : si l'empereur païen assurait la conservation de la dot, c'était pour faciliter à la femme une série de mariages successifs à travers une série de divorces; mais Justinien, loin de favoriser les seconds mariages, les réprouve, à l'exemple de l'Église, et n'a de faveurs que pour la viduité[1]. L'inaliénabilité de la dot a donc, sous Justinien, un tout autre fondement que sous Auguste : elle n'est plus un privilège pour la femme; imposée à la femme comme au mari, elle est devenue un privilège pour les enfants. La dot, sous les empereurs chrétiens, n'est plus seulement la propriété des deux époux; c'est le patrimoine commun du ménage, c'est une sorte de réserve que la loi assure aux enfants et qu'ils retrouveront intacte malgré les dissipations et la ruine de leur famille.

Si nous considérons en particulier, dans l'organisation de la famille, l'institution qui en est la base, le mariage, nous y retrouvons avec plus d'évidence encore l'influence de la religion nouvelle. La loi ne punit plus le célibat qui, d'après les Pères de l'Église, méritait, non pas des châtiments, mais des récompenses[2]; elle ne dégrade plus le mariage en l'imposant comme une charge civique. Cherchant, au contraire, à en relever la dignité, elle réprime le concubinat[3], elle entoure l'union conjugale des formes de

comme acquis aux enfants en nue propriété du vivant même de leur parent, et le recouvrement en est garanti par une hypothèque privilégiée. L. 8 §§ 4 et 5, C. J., V, 9.

[1] Voy. par exemple la novelle, 22, c. 44.

[2] « ... Ἄξιον ὑπερθαυμάζειν, ἀλλ' οὐ κολάζειν. » Sozomène, I, 9.

[3] Constantin emploie les moyens les plus divers pour détruire le concubinat : il invite à le convertir en justes noces par la prime de la légitimation; il frappe d'incapacités sévères les enfants naturels non légitimés; enfin il annule le concubinat dans certains cas de mésalliance. Godefroid, *ad* L. 1, C. Th., IV, 6.

publicité réclamées par l'Église, elle en resserre les nœuds en rétablissant entre les époux la faculté de disposer de leurs biens[1] et en leur accordant des gains réciproques de survie[2]; elle en sauvegarde l'honneur en supprimant cette poursuite publique de l'adultère que réprouvait l'Évangile, et en laissant au mari et à la famille le choix de cacher la honte domestique ou d'en tirer vengeance[3]. Enfin, et c'est ici le point capital, la loi nouvelle parvient à faire prévaloir, dans une certaine mesure, le principe chrétien de l'indissolubilité du mariage : si elle n'abolit pas directement la répudiation et le divorce, du moins elle les frappe de peines rigoureuses, et ne les tolère que dans des cas rares et étroitement limités. Les Pères de l'Église imposaient aux deux époux le même devoir de fidélité conjugale : dociles à ce précepte, les constitutions impériales accordent, dans les mêmes limites, le droit de divorce à la femme et le droit de répudiation au mari[4].

Le même principe de réciprocité qui règle les rapports personnels des deux époux, préside encore à leurs rapports pécuniaires : à la dot apportée par la femme correspond, sous les empereurs de Byzance, la donation *propter nuptias* apportée par le mari[5]; et, pour mieux établir l'équilibre, la loi veut que ces deux apports soient égaux et que les mêmes gains de survie soient stipulés de part et d'autre[6]. En même temps, la femme n'est plus, comme autrefois, simple créancière de la dot, la loi l'en proclame propriétaire, et, pour la réclamer, elle l'arme à la fois d'une hypothèque, d'un privilège, d'une action en revendication[7]. Le

[1] Théodose II abroge les *leges decimariæ*, ut matrimoniis auxilium impertiat. » L. 9, C. Th., V, 1; 3, C. Th., VIII, 17.

[2] *Lucra nuptialia.* L. 5, 6, 8, C. J., V, 9; 11, C. J., V, 17.

[3] « ... Ne volentibus temere liceat fœdare connubia. » L. 2, C. Th., IX, 7.

[4] L. 1, 2, C. Th. III, 16; 7-12, C. J., V, 17; nov. 22, 117, 134, c. 11.

[5] L. 20, C. J., V, 3. On appelle cette donation ἀντίφερνα, *contre dot.* — * Cf. Esmein : Le testament du mari et la *donatio ante nuptias* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger,* 1884).

[6] L. 9, 10, C. J., V, 14; nov. 97.

[7] L. 30, C. J., V, 12; Demangeat, *du fonds dotal,* p. 96 et suiv.

mari, réputé naguère maître de la dot, *dominus dotis*, commence déjà à devenir ce qu'il est sous la loi moderne l'administrateur responsable du bien d'autrui.

Ce n'est pas seulement dans les relations conjugales que la loi romaine ramène peu à peu les deux sexes vers l'égalité, c'est dans toutes les relations de famille. À mesure que le pouvoir paternel décline, l'autorité de la mère grandit, et l'on voit les deux puissances, par des mouvements contraires, tendre vers le même niveau. Grâce aux constitutions impériales, la mère acquiert par degrés des droits égaux à ceux du père sur la succession de ses enfants; elle devient leur tutrice légale; lors du mariage de sa fille, elle préside au choix de l'époux[1]; enfin la puissance paternelle lui est presque entièrement dévolue, si son mari l'a injustement répudiée ou si elle a fait prononcer le divorce contre lui[2]. De plus, à tous les degrés de parenté, des droits égaux sont reconnus aux deux sexes, et les lois Voconiennes, qui excluaient les femmes de la plupart des successions collatérales, sont abrogées par les lois de Justinien[3].

Enfin, si nous sortons du cercle de la famille, si nous considérons les rapports de la femme au dehors et avec les tiers, nous aurons à constater les mêmes tendances, le même progrès. Ici nous allons retrouver le sénatus-consulte Velléien, mais transformé, l'on pourrait presque dire dénaturé, par les changements qu'il a subis, et dans ces changements nous allons reconnaître le même esprit qui a inspiré toutes les réformes législatives du Bas-Empire.

Le sénatus-consulte Velléien, on l'a déjà vu, n'avait fait que généraliser un édit d'Auguste, en étendant à toutes les intercessions des femmes la même nullité qui ne frappait, sous Auguste, que l'intercession de l'épouse au profit du mari. Ainsi, depuis le sénatus-consulte, peu importait que

[1] L. 1, 7, C. Th., V, 1; 4, 5, Inst., III, 3, 4, C. Th., III, 17; nov. Théod. II, 11; L. 20, C. J., V, 4; cpr. *supra*, p. 175, note 3.

[2] Nov. 117, c. 7. Cette réforme avait déjà été préparée par le droit antérieur. Fr. 1 § 3, 3 § 5, D. XLIII, 30; L. 1, C. J., V, 24.

[3] L. 14, C. J., VI, 58; nov. 118, c. 4 : « Nullam vero differentiam esse volumus, in quacumque successione aut hereditate, inter masculos et feminas. »

la femme eût intercédé au profit de son mari ou au profit de toute autre personne : dans les deux cas son intercession était traitée exactement de la même manière. Or c'est ici que nous rencontrons l'innovation capitale de Justinien : le nouveau législateur distingue entre l'intercession au profit du mari et l'intercession au profit d'un tiers : pour la première il renforce la prohibition du sénat ; pour la seconde, il l'affaiblit.

Est-ce pour un tiers, c'est-à-dire pour tout autre que son mari, que la femme s'est obligée, Justinien maintient l'obligation, pourvu qu'elle ait une juste cause[1], ou qu'il reconnaisse chez la débitrice une volonté sérieuse et constante de s'obliger. Ainsi l'intercession sera valable si la femme l'a réitérée après deux ans d'intervalle[2]. Elle sera valable, si la femme déclare qu'elle a reçu quelque chose pour prix de son intercession : en ordonnant qu'une telle déclaration soit tenue pour vraie, quelque invraisemblable qu'elle puisse être[3], le nouveau législateur veut évidemment ménager à la femme un moyen commode d'éluder la défense du sénat. Enfin l'intercession sera valable si elle est faite par acte public.

Cette dernière innovation de Justinien, qui a suscité d'interminables débats, n'est cependant, on le voit, que le développement des précédentes : s'il suffit, pour valider l'engagement de la femme, qu'elle ait manifesté une ferme volonté de s'obliger, soit en confirmant et réitérant sa promesse, soit en déclarant qu'elle avait un intérêt personnel à intercéder, ne devra-t-il pas en être de même lorsque l'acte d'intercession présentera les meilleures garanties possibles d'une volonté libre et réfléchie, je veux dire les solennités tutélaires d'un acte public? Ainsi interprétée (et ce n'est pas là, je dois l'avouer, l'interprétation commune[4]), rien de plus

[1] *Pro libertate, pro dote.* L. 24, 25, C. J., *ht.*, IV, 29.

[2] L. 22, C. J., *ht.*

[3] « Omnimodo esse credendum. » L. 23, C. J., *ht.*

[4] Elle a été pour la première fois développée par M. Valette, *Lehrbuch*, Gœttingue, 1828-1829, § 584. Voici la partie la plus obscure et la plus discutée de la loi (23 § 2, C. J. *ht.*) : « ... Tunc enim tantummodo (sc. instrumento publice con-

logique que cette dernière décision de Justinien, rien de plus logique que tout l'ensemble de ses réformes. Elles se résument en un mot : au lieu de frapper l'intercession des femmes d'une prohibition absolue, comme l'avait fait le sénat, Justinien se contente d'entourer cet acte de formalités et de garanties.

Mais il n'en est ainsi que de l'intercession au profit des tiers. Si c'est au profit de son mari que la femme s'est engagée, eût-elle muni son engagement de toutes les ratifications, de toutes renonciations, de toutes les solennités possibles, l'intercession sera nulle, d'une nullité radicale et absolue. Justinien n'admet, dans sa novelle 134, qu'une seule exception à cette règle : c'est lorsqu'il est clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme[1]. Et cette exception, loin de restreindre la règle, semble au contraire en élargir l'étendue : en effet, toutes les fois que l'argent a tourné au profit de la femme, il n'y a pas d'intercession dans le sens du sénatus-consulte Velléien, et ce cas n'est point compris dans la règle du sénatus-consulte. Mais il est compris dans la règle de la novelle 134, puisque Justinien juge nécessaire de l'en exempter. La prohibition de la novelle est donc plus étendue que celle du sénatus-consulte, elle va frapper des actes que le sénatus-consulte n'atteignait point. Si une femme est intervenue pour son mari dans son intérêt propre ou pour lui faire une libéra-

fecto) eas obligari, et sic omnia tractari quæ de intercessionibus feminarum, vel veteribus legibus cauta, vel ab Imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eamdem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta; ut nec scti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto. » Une seule chose est claire dans ce long verbiage : c'est que si la femme, s'engageant par une intercession prohibée, néglige la formalité d'un acte public, l'intercession sera nulle, non plus *exceptionis ope*, comme sous l'empire du sénatus-consulte, mais *ipso jure*. Mais faut-il en outre conclure de cette loi, avec la plupart des commentateurs : 1° que l'intercession par acte public n'est point valable, mais est nulle *exceptionis ope;* 2° que l'intercession sans acte public est nulle, même dans les cas exceptionnels où elle est autorisée et déclarée valable par Justinien lui-même? Assurément tous les principes repoussent ces deux conclusions, et rien dans le texte ne les commande.

[1] Nov. 134, c. 8.

lité, il n'y a pas là d'intercession proprement dite; l'acte eût échappé à la prohibition du sénat, mais il tombera sous celle de Justinien.

Il ne me reste plus qu'à montrer comment ces diverses prescriptions du grand législateur du Bas-Empire se combinent entre elles et se relient à l'ensemble de sa réforme législative.

Le sénatus-consulte Vélléien avait été rendu au temps des Messalines et des Poppées, lorsque le législateur cherchait à opposer une digue au débordement de la débauche, en réprimant l'indépendance des femmes et en restreignant leurs droits. Quand le christianisme eut relevé la dignité de la femme en épurant les mœurs, toutes ces lois durent disparaître ou se plier à l'esprit nouveau. Aussi Justinien ne se borna-t-il pas à modifier l'incapacité velléienne, il substitua à cette ancienne incapacité une incapacité toute nouvelle. Autrefois la femme ne pouvait intercéder pour personne; maintenant elle peut, du moins avec certaines formes, intercéder pour tout le monde excepté pour son mari. Désormais, son incapacité ne tient plus à son sexe, mais à sa position de femme mariée, elle n'est plus fondée sur des nécessités d'ordre public, mais sur des rapports de famille et des intérêts d'ordre privé.

Assurer la conservation de la dot dans l'intérêt général de la famille, tel est le but de Justinien, tel est l'objet constant de ses réformes. Il prend soin de garantir la dot, non-seulement contre les dissipations de la femme elle-même. La femme ne pourra plus consentir à la vente de ses biens dotaux. Pourra-t-elle du moins prêter les mains à leur aliénation indirecte, et perdre son privilège dotal en s'obligeant elle-même envers les créanciers de son mari, en le cautionnant? Pas davantage, et c'est pour l'en empêcher que Justinien déclare radicalement nulle toute intercession de la femme au profit de son mari.

Telle est la nouvelle incapacité velléienne qui, comme on le voit, n'a plus guère de commun avec l'ancienne que le nom. Ce n'est plus même une incapacité proprement dite,

une infériorité juridique de la femme; c'est le complément d'un ensemble de précautions législatives qui, pour sauvegarder une partie du patrimoine domestique, frappent également les dispositions des deux époux. L'ancien sénatus-consulte Velléien, produit par des nécessités sociales, avait dû disparaître avec cette société païenne dont les besoins l'avaient créé. Au contraire, la nouvelle loi Velléienne, protectrice des intérêts de la famille reconstituée sur le principe chrétien, devait se répandre jusqu'aux extrémités de l'Europe et se perpétuer jusqu'à nos jours.

CHAPITRE III.

LES BARBARES.

En face des Romains, il faut maintenant placer les Barbares de la Germanie. Jamais deux sociétés contemporaines et voisines n'ont présenté contraste aussi frappant. Il y a entre elles toute la distance qui sépare la première enfance des peuples du dernier terme de leur décrépitude ; il semble qu'elles occupent les deux points extrêmes dans la longue suite des âges, et cependant elles se touchent et vont bientôt se confondre en une seule.

L'étude des Germains nous ramène à notre point de départ. Tout ce qu'on a lu, dans les premières pages de cette étude, sur l'organisation et les mœurs des tribus patriarcales, on peut l'appliquer aux tribus germaines. Comme toutes les légendes primitives, les Sagas scandinaves font remonter à la Divinité même la double institution de la propriété et de la famille. C'est Odin, à la fois le premier de leurs ancêtres et le plus grand de leurs dieux, qui enseigna aux Germains à labourer la terre et à marquer d'une borne les limites des héritages[1]. Dès lors, la propriété fut chose sacrée. Le propriétaire fut, dans l'étendue de son domaine, roi, juge, pontife, représentant de la Divinité[2].

[1] Heimskringla, Ynglinga saga, 5 (trad. Wachter, Leipsick, 1835).

[2] Les Germains ne paraissent pas avoir jamais eu de caste sacerdotale : « Neque druides habent qui rebus divinis præsint. » César, *de bell. gall.*, VI, 21. Chez eux tout père de famille était pontife. Tacite, *de mor. Germ.*, 10; J. Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*, Gœttingue, 1854 (2e édit.), p. 267, 268. — Le *Godord* scandinave était en même temps un temple, un tribunal et un domaine héréditaire. Grâgâs, *Thingskapa-thâttr*, 61 (éd. Schlegel, Havniæ, 1829, t. I, p. 166).

Chaque maison fut un temple, chaque famille eut son culte propre, ses dieux domestiques, ou, pour employer le mot de Tacite, ses dieux pénates [1]. Ce culte du foyer était même si cher aux Germains que l'Église chrétienne ne put parvenir à l'effacer; on le voit reparaître, sous des formes tour à tour bizarres et touchantes, dans les superstitions populaires du moyen âge : le moyen âge ne croyait plus au dieu Odin ni au dieu Thor; mais il ne cessa jamais de croire à ces démons domestiques, à ces esprits familiers qui, voltigeant dans le foyer ou cachés sous l'âtre, protégeaient de leur secrète influence la demeure où ils avaient vécu [2].

Ces mêmes institutions, ces mêmes croyances, nous les avons retrouvées, on s'en souvient, dans les plus anciennes traditions des Romains, des Grecs, des Hindous. Sortis du même berceau, tous ces peuples, en se séparant, emportèrent chacun avec eux dans les diverses parties du monde ces souvenirs communs d'une même origine. Mais chez les Grecs, chez les Romains, chez les Hindous eux-mêmes, ces souvenirs s'effacèrent bientôt et ne laissèrent que des traces confuses dans l'histoire et dans la légende. Les Germains, au contraire, longtemps retenus sous ces rudes climats où la civilisation païenne n'a jamais pu fleurir, demeurèrent longtemps attachés à leurs institutions primitives, et ils les pratiquaient encore du temps de César et de Tacite. A cette époque, où ce peuple apparaît pour la première fois sur la scène de l'histoire, on trouve encore chez lui ce qui est l'essence même de l'état patriarcal, je veux dire la concentration de tous les pouvoirs au sein de la famille, sans autorité publique au-dessus. « Dans la guerre, dit un de leurs plus anciens historiens, tous obéissent à un chef; mais durant la paix chacun est indépendant et tous sont égaux [3]. » La famille, chez les Germains, se suffisait à

[1] Tacite, *Ann.*, XI, 16 : « Dii penates; » II, 10 : « Penetrales deos. »

[2] L'usage de représenter ces esprits par de petites images de bois placées près du foyer, comme dans l'antiquité païenne, s'est conservé durant tout le moyen âge. J. Grimm, *deutsche Mythologie*, Gœttingue, 1854 (3e édit.), p. 469 et suiv., p. 568.

[3] Adam de Brême, *Gesta eccl. Hammaburg.*, IV, 22, *al.* 231 (Pertz, t. IX, p. 377).

elle-même; assez fortement constituée, soit pour réprimer les désordres dans son sein, soit pour repousser les agressions du dehors, elle tenait lieu de tribunaux, d'administration, de force armée. Le Germain menacé dans ses biens ou dans sa vie ne trouvait pas à ses côtés, comme l'homme des sociétés modernes, une puissance publique prête à le défendre et à s'armer pour lui; il ne pouvait compter que sur lui-même et sur les siens. Ses parents se rassemblaient, prenaient les armes, et poursuivaient l'offenseur jusqu'à ce qu'ils eussent obtenu satisfaction ou vengeance. Si des juges intervenaient parfois, c'était pour présider au combat ou pour interposer un arbitrage que les parties avaient sollicité elles-mêmes [1]. D'ailleurs l'offenseur et l'offensé pouvaient, l'un comme l'autre, se refuser à tout traité pour en appeler à la force des armes; et le droit des Germains n'eût été vraiment que le droit du plus fort, sans l'instinct de justice de ces Barbares, qui les poussait à déserter la cause du coupable et à s'armer pour l'innocent [2].

Chez un peuple qui ne connaissait d'autre procédure que le combat et ne savait faire valoir ses droits qu'avec la lance et la framée, on comprend quelle devait être la condition des femmes. Impuissantes à se protéger elles-mêmes et destituées de toute autre protection que celle de leur famille, elles demeuraient livrées sans contrôle au pouvoir de leurs parents et de leurs époux. Cette puissance domestique, qui portait le même nom que celle de l'ancien droit romain [3], avait aussi la même étendue : elle comprenait jusqu'au droit de vie et de mort. Elle avait même cela de plus, qu'elle était perpétuelle. La femme dans l'ancienne Rome, avait l'espoir de sortir un jour de la puissance paternelle ou maritale et de passer sous le joug moins pesant de la tutelle. Chez les Germains, au contraire, l'incapacité de la femme, étant une suite nécessaire de son impuissance à porter les armes, c'est-

[1] Tacite, 22 : « De reconciliandis invicem inimicis, ... in conviviis consultant. »
[2] Cpr. Rogge, *über das Gerichtswesen der Germanem*, Halle, 1820.
[3] *Manus*, *mund* (*hand*, main).

à-dire de son sexe même, ne pouvait jamais ni disparaître ni s'amoindrir.

Plus dure pour la femme, à cet égard, que les autres législations primitives, la loi germaine en revanche était, sous d'autres rapports, incomparablement plus douce et plus généreuse. Il est entre les institutions privées des Germains et celles des autres peuples primitifs, des premiers Romains, par exemple, une différence capitale et qu'on a trop souvent laissée dans l'ombre. Chez les Germains comme dans l'ancienne Rome, la constitution de la famille repose sur le principe patriarcal; chez les deux peuples, le pouvoir domestique est souverain; mais à Rome ce pouvoir est concentré dans les mains d'un seul, en Germanie il se répand et se partage entre tous les membres de la famille capables de manier les armes. Chez les deux peuples, la famille se gouverne elle-même et forme une espèce d'État indépendant; mais à Rome c'est l'image d'une monarchie qu'elle présente, en Germanie c'est plutôt celui d'une république; différence bien en rapport avec les mœurs et le génie des deux peuples. Chez les Romains, stricts observateurs de la discipline et de la loi, le pouvoir était confié au plus expérimenté et au plus sage, c'est-à-dire au plus vieux, au père de famille. Mais chez ces peuplades turbulentes et impatientes de tout frein, qui changeaient tous les ans de demeure et de patrie [1], qui ne reconnaissaient d'autre justice que celle des armes ni d'autre droit que celui du plus vaillant, ce n'était pas le bras débile de l'aïeul qui pouvait protéger la famille contre les violences d'un agresseur; là où était la force était aussi le pouvoir [2], et quiconque savait s'armer et combattre pour la cause commune, avait sa place au conseil de famille et sa part de la puissance domestique. Les Romains sans doute avaient eux aussi leur conseil de famille, mais il n'occupait chez eux qu'une place subordonnée, il ne

[1] Tacite, 26; César, *de bell. gall.*, VI, 22.

[2] Le fils était indépendant dès qu'il était en âge de porter les armes; le père une fois affaibli par l'âge, était frappé d'incapacité. Grágás, *Arfaþáttr*, 4, 11; *Vigslodi*, 15, 35 (t. I, p. 178, 201; t. II, p. 20, 66).

faisait qu'assister la puissance paternelle; chez les Romains, il dominait ou pour mieux dire, il absorbait cette puissance. Arrêtons-nous un instant sur cette distinction, elle est féconde en conséquences.

A Rome, tous les liens domestiques sont placés dans les mains du père : seul il peut les relâcher ou les rompre; il peut à son gré ou bannir son enfant du foyer paternel ou l'y enchaîner à toujours. Chez les Germains, la famille n'est que l'association volontaire de guerriers égaux entre eux; chacun, père ou fils, vieux ou jeune, est maître pour sa part; chacun peut s'affranchir de ses devoirs en abdiquant ses droits; que le fils rompe des deux mains le faisceau symbolique, qu'il franchisse d'un bond la clôture du chant paternel, et le voilà indépendant; libre à lui désormais d'abandonner la tribu de ses pères, pour les expéditions aventureuses des hordes errantes ou la solitude des forêts [1].

Chez les Romains, le patrimoine domestique n'a qu'un maître, le chef de famille, seul et unique propriétaire de tous les biens de la maison. Chez les Germains, ce patrimoine est la propriété commune de la famille tout entière; conquis le plus souvent par les armes, il appartient également à tous ceux qui ont aidé à le conquérir, et nul n'en est le maître, car chacun y a un droit égal [2].

Or, il en était de la puissance domestique sur les personnes comme de la puissance domestique sur les biens : cette puissance, en se répandant et se divisant, perdait de son intensité et de son énergie. L'épouse ou l'enfant opprimé trouvait toujours, dans le conseil de ses proches, une voix pour le défendre; car dans ce conseil, les fils [3] siégeaient avec les pères, les parents maternels [4] avec les parents pa-

[1] Lex Salica, tit. 63.

[2] Il en est ainsi, non-seulement du butin, mais aussi des *compositions* : « Recipit satisfactionem *universa domus.* » Tacite, 21; L. Salic., 65; L. Fris., I, 1; II, 2. — De là pour les Germains, l'impossiblité de tester.

[3] Les fils majeurs, c'est-à-dire en âge de porter les armes. I. Grimm, *Rechtsalterth.*, p. 462.

[4] Ils étaient tenus, eux aussi, de combattre et de contribuer au *whergeld*. Aelfredes domas, 27 (Schmid, Leipsick, 1858, p. 87); Mial saga, Havniæ, 1809, c. 124, 146.

ternels, ceux de la femme avec ceux du mari. Tacite nous apprend que le frère de la mère, dans la famille germaine, avait droit au même respect et aux mêmes honneurs que le père; ce frère de la mère représentait dans la maison l'autorité maternelle, que la mère, à raison de l'incapacité de son sexe, ne pouvait exercer que par autrui[1]. Par là le pouvoir paternel s'équilibrait en se partageant. Ce n'est pas tout : si les parents de la femme pouvaient ainsi contrôler l'exercice de la puissance paternelle, à plus forte raison pouvaient-ils imposer un frein à la puissance maritale : en livrant à un époux étranger une fille de leur maison, ils ne s'étaient point dessaisis du droit de la protéger et de la défendre, fût-ce contre le mari lui-même; l'épouse était-elle injustement répudiée, outragée, dépouillée de ses biens, ses parents intervenaient, la faisaient rétablir dans ses droits, et même au besoin provoquaient le mari au combat[2]. En un mot, la femme, la fille, épouse ou veuve, ne restait jamais sans protecteur, et sous cette diversité de pouvoirs domestiques qui se tenaient réciproquement en échec, elle trouvait une sorte d'indépendance.

Aussi les mêmes documents qui tout à l'heure nous ont montré la femme germaine impuissante et asservie, nous la représentent-ils en même temps entourée de respect et d'honneurs dans sa famille et dans sa tribu. J'ai déjà signalé ce contraste comme le trait distinctif de toute les sociétés patriarcales : nous l'avons rencontré dans l'Inde comme en Palestine, dans la Grèce héroïque comme dans l'ancienne Rome. Faut-il s'étonner si nous le retrouvons plus accentué encore chez un peuple qui est resté attaché, plus fidèlement qu'aucun autre, à ses coutumes primitives? Parcourez au hasard les divers monuments législatifs ou littéraires de l'ancienne Germanie, vous ne rencontrerez au premier abord,

[1] Tacite, 20. — Le même usage existe encore de nos jours chez les tribus patriarcales du sud de l'Afrique. Casalis, *les Basssoutos*, p. 190.

[2] Tacite, 19 : « ... *Coram propinquis* expellit domo maritus (adulteram). » — L. Angl. et Wer., 14 : « Si mulier maritum veneficio dicatur occidisse, ... *proximus mulieris* campo innocentem faciat. » — L. Baiuvar., VII, XIV, 1; L. Liutpr., 22 (IV, 4); L. Grimoald., 7.

sur la condition de la femme, que contradictions et qu'incohérences. Tantôt vous verrez la femme traitée comme l'esclave ou la brute : on la vend ou on l'achète pour de l'argent; son père, son mari, ses parents ont le droit de la frapper, de la vendre, de la tuer, et à la mort du mari on l'immole sur le bûcher avec les esclaves et les chevaux du défunt[1]. Tantôt vous verrez le farouche Germain se courber avec respect devant celle qu'il a dépouillée et asservie; plus docile à ses conseils qu'il ne le serait à des ordres, c'est à sa voix qu'il prend les armes ou qu'il les dépose : car il la croit douée d'une sagesse plus qu'humaine et ses conseils sont, à ses yeux, des inspirations d'en haut[2]. Plus il l'a rendue impuissante, plus il la protège; et les plus anciennes lois germaniques punissent plus sévèrement le meurtre d'une humble femme que celui d'un noble ou d'un chef de tribu[3].

Les contradictions et les difficultés augmentent si, étudiant de plus près les codes particuliers des diverses nations germaines, l'on cherche à les coordonner ensemble. Ici, ce ne sont plus seulement des principes généraux qui sont en lutte; ce sont, presque sur chaque point de détail, des antinomies flagrantes et qui défient toute conciliation. Telle loi donne à la femme le droit d'hériter, telle autre le lui refuse; ici la femme est vendue au mari, là elle doit être dotée; ici elle est toujours en tutelle, ailleurs elle est elle-même tutrice. En un mot, il n'est pas de système ou d'hypothèse sur l'état des femmes en Germanie, qui ne pût trouver en même temps sa confirmation dans certaines lois barbares et son démenti dans d'autres lois.

Heureusement nous pouvons, pour le moment du moins,

[1] Procope, *de bell. goth.*, II, 14; Grimm, *Rechtsalt.*, p. 450, 455, 461.

[2] Tacite, 8. — La trêve des femmes (*quenagridh*) interrompait chez les Scandinaves toute guerre publique ou privée. Les Nornes et les Walkyries rendaient la justice. Edda Sæmundar, Leipsick, 1860, v. 127.

[3] Grimm, *Rechtsalt.*, p. 404. Cpr. : *De l'estime et de la considération que les Germains avaient pour les femmes de leurs nations* (Mém. de l'Acad. des inscr. et belles-lettres, t. V, hist., p. 330) : Engelstoft, *Skildring af Quindekjœnnets huuslige og borgerliche Kaar, etc.* (tableau de la condition des femmes chez les Scandinaves avant le christianisme), Copenh., 1799; Weinhold, *die deutschen Frauen in dem Mittelalter*, Vienne, 1851.

ne tenir aucun compte de toutes ces divergences. Elles n'ont point leurs racines dans l'antique constitution germanique et ne sont, pour la plupart, que le produit des accidents variés de l'invasion. Avant l'invasion, tout porte à le croire, les diverses tribus germaines obéissaient en général aux mêmes institutions fondamentales et ne formaient en quelque sorte qu'un seul peuple. Mais quand l'émigration et la conquête les eurent dispersées d'un bout à l'autre de l'Empire, elles se donnèrent, sous l'influence de milieux différents, des législations particulières. L'examen spécial de chacune de ces lois diverses pourra trouver sa place, quand nous étudierons séparément le droit de chacun des États modernes. Pour le moment, nous voulons savoir ce qu'étaient les Germains avant l'invasion, et sur cette question il n'est que trois monuments que nous puissions interroger avec confiance : ce sont les codes des quelques tribus qui sont restées étrangères à l'invasion et vierges de tout contact avec la civilisation romaine, je veux dire les anciens codes scandinaves; ensuite les chants populaires, les poëmes nationaux de ces mêmes peuples, l'Edda et les Sagas; enfin la *Germanie* de Tacite. Ces trois classes de documents, si divers de forme et d'origine, présentent sur les points essentiels un merveilleux accord, et je vais résumer rapidement ce qu'ils nous apprennent sur la condition des femmes telle que l'avaient faite les lois et les mœurs[1].

La femme germaine est incapable, on l'a déjà vu, par cela même qu'elle est impuissante à porter les armes[2]. Mais cette incapacité, s'il est permis d'employer ici le langage des jurisconsultes modernes, est de fait et non de droit : ce que la femme ne peut faire par elle-même, elle le fait faire par un autre qui la représente et n'agit qu'en son nom. Reçoit-elle quelque dommage ou quelque injure, c'est à elle seule qu'appartiennent la poursuite et la vengeance : elle aura des champions qui combattront pour elle et devront

[1] Cpr. le chapitre suivant sur le droit scandinave.

[2] Tacite, 13 : « Nihil autem, neque publicæ, neque privatæ rei, nisi armati agunt. »

lui restituer, souvent sans en rien retenir, l'indemnité ou *composition* payée par l'offenseur. Elle peut, par représentant, non-seulement plaider en justice, mais être juge : la justice patrimoniale, dans les anciennes lois scandinaves, est attachée à l'héritage et passe à l'héritier de tout sexe; l'héritière l'exerce par son délégué [1].

Mais la femme germaine n'est pas seulement capable de droit, elle est encore, jusqu'à un certain point, capable de fait. Gardons-nous de l'assimiler, comme on l'a fait parfois, au pupille en bas âge qui ne peut rien faire que par son tuteur. Exclue seulement des débats judiciaires, elle peut d'ailleurs agir par elle-même, soit avec l'assistance de son parent ou de son mari, soit même seule et sans conseil, pour les actes de minime importance et de simple administration [2].

Il y a plus, ce représentant nécessaire à la femme, la femme peut, en certains cas, le choisir elle-même [3], et, comme elle peut le choisir, elle peut aussi le révoquer et le remplacer à son gré. Dans les cas où ce représentant ou tuteur est désigné par la loi, la loi, en l'imposant à la femme, le rend responsable vis-à-vis d'elle : elle soumet sa gestion à un contrôle assidu, et s'il abuse de ses droits, elle ouvre une action contre lui à tous les parents de la pupille [4].

La femme germaine a donc une personnalité, elle a de plus un patrimoine : un de ses proches est-il tué, elle prend sa part, soit dans la succession qu'il laisse, soit dans la composition payée par le meurtrier [5], et si cette part est le

[1] Gràgàs, *Thingskapa-thâttr*, 61 (t. I, p. 166) : « Nu tecr cona thar arf, oc sca hon selia thar *godord* nokorom theim manni, er i theim thridiungi er » (si c'est une femme qui soit héritière, elle doit faire exercer sa *juridiction* par un des habitants du bourg.)

[2] Gràgàs, *Festa-thâttr*, 21 (t. I, p. 333); Andr. Sunonis lex Scaniæ (Thorsen, Copenhague, 1853), p. 168.

[3] Biarkeyar-rett, 99, (Keyser, Christiania, 1846, t. I, p. 322) : « Si une fille a un droit à exercer ou une action à intenter, qu'elle confie l'affaire à l'homme qu'elle voudra » (hon hverium manni er hon vill). Gràgàs, *Vigslodi*, 66 (t. II, p. 108).

[4] Oestgœtalagen, *Vada-mal*, 10 (Schlyter, Stockholm, 1827, t. II, p. 73) : « Si le mari blesse sa femme, que le tuteur de celle-ci accuse le mari, perçoive la composition et la mette dans le bien séparé de la femme. »

[5] Uplandslagen. *Aerfthæ-balk.*, 11 (Schlyter, t. III); Skanske lov, II, 6 (Thorsen, Copenhague, 1853); *infrà*, p. 256.

plus souvent inférieure à celle des parents mâles[1], on peut douter que cette inégalité fût générale à l'origine : car Tacite, si attentif à relever toutes les particularités du droit germanique, ne signale aucune différence entre les héritiers des deux sexes[2]. La femme peut encore recevoir des donations. Enfin elle doit être dotée, et, sur ce dernier point, quelques développements sont nécessaires.

À prendre à la lettre les plus anciens textes du droit barbare, la femme germaine aurait été, non point dotée, mais vendue au mari, comme dans l'antique Orient : les mots *acheter, épouser, femme légitime, femme achetée,* y sont sans cesse employés comme synonymes[3]. Mais il ne faut voir là qu'une sorte de *coemptio* romaine, c'est-à-dire un pur symbole auquel ne répond plus aucune réalité[4]. Ce qui le prouve, c'est que le prix de cette prétendue vente était payé par le futur époux, non pas à la famille de la fiancée, mais à la fiancée elle-même, et devenait son douaire. Tacite le déclare expressément[5], et son témoignage trouve une confirmation éclatante dans les poésies primitives et dans les plus anciens codes des peuples du Nord[6].

[1] Ce n'est, en général, qu'une demi-part. Grimm, *Rechtsalt.*, p. 407.

[2] Tacite, 20 : « Heredes tamen successoresque sui cuique liberi ; et nullum testamentum. » Cpr. Kolderup-Rosenvinge et Homeyer, *dænischen Rechtsgeschichte,* Berlin, 1825, p. 14, note *c*.

[3] « Kona mundi keipt, » épouse, femme achetée ; « kaupmâli, brûdkaup, » achat de femme, fiançailles. Nial saga, c. 9, 10, 13; Edda Sæmundar, v. 65, 176, 191. — Cpr. Humbert, *du régime nuptial des Germains,* Metz, 1860.

[4] Voyez cependant Saxo Grammaticus, *Historia danica* (Copenh., 1839-58, t. I, p. 235) : « Præcepit *ne quis uxorem nisi emptitiam duceret.* Venalia si quidem connubia plus stabilitatis habitura censebat. » Il ne s'agit là, dit M. Velschow (*Notæ in Saxon. Gramm.*, p. 156), que des derniers débris d'un usage disparu.

[5] Tacite, 18 : « Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui et munera probant. » On a révoqué en doute l'exactitude de Tacite, par cette raison que les présents dont il parle (des bœufs, un cheval et des armes) ne pouvaient servir qu'aux parents de la femme et non à la femme elle-même. Mais son témoignage est confirmé, d'une part, par de nombreuses formules, qui nous parlent de dots consistant en bœufs, chevaux, etc. (Marculfe, II, 15, etc.); d'autre part, par l'Edda, qui cite l'épée comme faisant partie du *mundr* (Edda Sæmundar, v. 65). Si ces objets composaient le douaire, c'est que les Germains n'en connaissaient pas de plus précieux, ignorant l'usage de la monnaie. Tacite, 5.

[6] Grâgâs, *Festa-thâttr,* 59; *Kaupa-balkr,* 9 (t. I, p. 370, 411).

Il y a plus, outre ce douaire qu'elle reçoit du mari, la femme reçoit encore de ses parents une dot proprement dite. Tout comme le douaire, cette dot est exigée par la loi; le père, la mère, les frères sont tenus de la fournir[1]; ce n'est pas seulement en armes et en chevaux qu'elle consiste, elle peut comprendre des immeubles[2]. Pas de loi salique dans les anciens codes scandinaves : de même que la femme pouvait avoir le champ paternel en héritage[3], elle pouvait aussi l'avoir en dot. Cette double dot que la loi germaine assurait à la femme, était pour elle un gage et une garantie d'indépendance. Aussi, quand nous voyons dans les Sagas des maris disposer de leurs femmes au gré de leurs caprices, les vendre, les donner, les tuer, nous devons considérer ces actes, non comme l'exercice d'un droit légal, mais comme un abus de la force, abus trop facile et trop fréquent, sans doute, dans des siècles où aucun pouvoir public n'était encore venu dominer et restreindre les pouvoirs domestiques. Mais bien qu'impunément désobéie par les plus forts, la loi n'en existait pas moins dans la conscience et dans les mœurs de ces Barbares, et cette loi maintenait un juste équilibre entre les droits et les devoirs des deux époux.

Le premier de ces devoirs était celui d'une fidélité réciproque. Si quelques vestiges de la polygamie primitive se retrouvent encore dans les plus anciens documents[4], la monogamie n'en était pas moins la règle générale : « La femme germaine n'a qu'un seul mari, dit Tacite, comme elle n'a qu'un seul corps et une seule vie. » Cette loi de

[1] Grâgâs, *Arfa-thâttr*, 2 Oestgœthalagen, *Gipta-balk.*, 12, 16, 28.

[2] Edda Snorra, I, 27 (Copenhague, 1848).

[3] Grâgâs, *Thingskapa-thâttr*, 71.

[4] D'après Tacite (18) et César (I, 53), la polygamie n'aurait été en usage que chez les princes. C'est sans doute aussi aux princes seulement que fait allusion Adam de Brême, lorsqu'il dit que les Scandinaves étaient modérés en toute chose, si ce n'est dans le nombre de leurs femmes. *Gesta Hammab. eccl.*, IV, 21 (Pertz, t. IX, p. 377). Cpr. Fornmanna sœgur, Kaupmannahœfn, 1825-37, t. X, p. 194. — L'usage de la polygamie chez les rois persista même après l'établissement du christianisme (Charibert, Dagobert, Pépin, avaient plusieurs femmes), et au XVIe siècle le landgrave Philippe de Hesse en donna le dernier exemple.

fidélité réciproque avait même sa sanction pénale : si l'adultère de la femme était puni du plus ignominieux supplice[1], celui du mari ne restait pas sans répression : l'épouse délaissée ou maltraitée trouvait dans ses parents des défenseurs et au besoin des vengeurs; ils pouvaient réclamer le divorce, ils pouvaient poursuivre le mari par les armes et exiger de lui une *composition* qui venait enrichir le bien dotal[2].

Le patrimoine de la femme n'était pas moins soigneusement protégé que sa personne, et les mêmes principes d'équité et de réciprocité qui réglaient les rapports personnels des deux époux, présidaient aussi à leurs rapports pécuniaires. Quelque étendus que fussent les pouvoirs du mari sur la dot, la femme avait un droit qui suffisait à les tenir en balance, le droit d'obtenir contre le mari dissipateur une sorte de *séparation de biens*[3]. Ici, comme dans la demande en divorce, c'étaient les parents de la femme qui agissaient pour elle et protégeaient ses biens comme sa personne contre les abus du pouvoir marital.

Tels étaient les droits de l'épouse. Disons encore un mot des droits de la mère. Tant que le père était à la tête de la famille, la mère restait dans l'ombre; l'autorité maternelle s'effaçait devant le pouvoir paternel. Mais quand le père n'était plus, la veuve succédait à une partie de sa puissance : c'est elle qui, à défaut de fils majeur, disposait de la main de sa fille[4]; c'est à elle qu'appartenaient, à l'exclusion de tout collatéral, la garde et l'éducation de ses enfants mineurs; et ses droits n'auraient point différé de ceux d'une

[1] Tacite, 19; Westgœthal., II, *Giptæ-balk.*, 5, 6 (Schlyter, t. I, p. 145).

[2] Grágás, *Festa-thâttr*, 14-16, 19 (t. I, p. 325 et suiv.); Frostathingl., XIII, 13 (Paus, *Saml. af norske love*, Copenhague, 1751, t. II, p. 173).

[3] Grágás, *Festa-thâttr*, 51 (t I, p. 371) : « Si le ménage tourne à mal et qu'il y ait lieu de craindre que la femme ne puisse que difficilement recouvrer sa dot,... elle devra s'adresser à l'évêque... L'évêque, s'il le juge bon, lui permettra de reprendre tout ou partie de sa dot » (ef samfarar hiona versna sva mioc, at kono thickir ser ohægindi verda a thvi œllo ,... oc a hon at segia til byscopi...).

[4] « En ce seul cas, dit la loi islandaise (Grágás, *Festa-thâttr*, 1, t. I, p. 305-306), c'est une femme qui donne une femme en mariage » (thar at eins fastnar kona kono).

tutrice légale si elle n'avait dû se faire assister, dans tous les actes juridiques, du conseil du plus proche parent [1].

En résumé, l'incapacité légale de la femme chez les anciens Germains, bien que générale et perpétuelle, est loin d'être absolue. Sous bien des rapports, la loi germanique se montre même plus favorable à la femme que la loi de l'Inde ou la loi grecque; et si nous voulons pénétrer le secret de ces différences, nous le trouverons dans le fondement même de l'incapacité féminine chez ces divers peuples. En Grèce comme dans tout l'Orient, la femme est incapable à cause de sa prétendue faiblesse morale; chez les Germains, elle n'est incapable qu'à cause de sa faiblesse physique. Ces Barbares ne se sont point mépris sur la vraie nature de la femme : ils ont senti que, si elle était inférieure à l'homme pour la force du corps, elle était moralement son égale, et ne lui cédait ni en connaissances, ni en prudence, ni même en courage. Aussi ne l'ont-ils point parquée dans les soins matériels du ménage : s'ils l'ont partout exclue de l'action, ils l'ont partout admise dans le conseil. La femme germaine ne pourra sans doute faire elle-même les actes juridiques, car on n'accomplit ces actes que les armes à la main; mais c'est elle qui souvent guidera la main de l'agent qu'elle choisira ou révoquera à son gré. Elle ne pourra être elle-même tutrice de ses enfants, mais elle sera consultée dans tous les actes de tutelle. Sur les champs de bataille, elle ne combattra pas dans les rangs des guerriers, mais elle sera toujours derrière eux, près d'eux, prête à ranimer leur courage par ses cris, et au besoin à arrêter leur fuite par ses reproches. Dans les temples et près des autels, ce n'est pas elle qui immolera la victime et offrira le sacrifice; mais elle se tiendra près du prêtre, elle saura interroger le sort, faire parler les auspices et révéler aux hommes le secret des dieux [2].

Les Germains, on le voit, n'avaient point, comme les Grecs, relégué la femme au fond d'un gynécée, loin de tout commerce avec les hommes. Ils l'associaient à tous

[1] Andr. Sunonis lex Scaniæ, p. 108 (éd. Thorsen).
[2] Tacite, 8.

leurs périls, ils l'appelaient à toutes leurs fêtes. Dans ces banquets décrits par les Sagas, où la harpe et la corne remplie de bière circulaient tour à tour dans les rangs des convives, où les libations, se mêlant aux chants guerriers, se prolongeaient souvent jusqu'au jour, les femmes prenaient place à côté des hommes; c'étaient elles qui remplissaient les coupes et souvent qui présidaient au festin. C'étaient elles encore qui recevaient l'étranger et le faisaient asseoir à la table hospitalière. Elles suivaient leurs époux ou leurs frères dans leurs expéditions aventureuses, et partageaient avec eux les plaisirs de la chasse ou les fatigues des camps[1]. Le Germain marchait avec plus de confiance au devant du péril quand il sentait derrière lui sa femme ou sa sœur; il se croyait mieux protégé par leur mystérieuse influence que par son casque et son bouclier, et quand il se voyait près de périr, il s'imaginait que leur nom murmuré tout bas suffirait pour attirer sur lui la faveur des dieux et le sauver du danger[2]. On retrouve, même après l'invasion, des traces de cette naïve croyance, et, au VI^e^ siècle, on voit Gélimer appeler les femmes dans son camp pour relever le courage abattu de ses soldats[3].

On s'étonnera sans doute que la femme se soit vue entourée de plus de respect et de plus d'honneurs dans les forêts sauvages et les tribus grossières de la Germanie que dans la société si douce et si polie de la brillante Athènes. Mais il est une chose que la Grèce civilisée eût pu envier à ces barbares. C'est l'austérité de leurs mœurs. « Rien de plus admirable chez ce peuple, dit Tacite, que la sainteté du mariage. On n'y rit pas d'une infidélité conjugale, on

[1] Tacite, *Germ.*, 7, 8; *Histor.*, IV, 18; Egil saga, Havniæ, 1809, c. 7; Laxdæla saga, Havniæ, 1826, p. 202; Fornmanna sœgur, t. III, p. 153; t. IV, p. 78; Weinhold, *die deutschen Frauen*, p. 345.

[2] Voyez, dans Saxo Grammaticus (p. 72, éd. Stephanius, Soræ, 1644), les recommandations de la prophétesse Kraka au guerrier Éric : « Si suprema necessitatis violentia postularet, nominis sui nuncupatione remedium celerius esse quærendum, affirmans se divina partim virtute esse subnixam et quasi consortem cœlitum insitam numinis gestare potentiam. »

[3] Procope, *de bell. vandal.*, II, 2.

en a horreur. Les adultères y sont très rares. La femme se marie vierge : elle se donne une seule fois et pour toujours ; elle n'aura jamais qu'un seul époux, comme elle n'a qu'un seul corps et qu'une seule âme[1]. » L'on n'oserait croire à tant de vertu chez les hommes dont rien n'avait encore discipliné les passions et adouci les mœurs, si de nombreux témoignages ne venaient se joindre à celui de Tacite. Dans ces vieilles poésies du Nord, où l'on distingue, au travers de tant de fables bizarres, un écho fidèle des sentiments populaires, les Germains célèbrent la vertu de leurs vierges ou de leurs épouses avec autant d'enthousiasme que les exploits de leurs héros. Leurs anciennes chroniques nous montrent parfois une femme partant seule pour aller rejoindre au loin sa famille ou son mari, traversant des tribus étrangères ou ennemies sans autre sauvegarde que sa pudeur et sa faiblesse, et trouvant partout le respect dû à son sexe et l'hospitalité due au voyageur[2]. Au commencement de l'invasion, quand les Barbares pénétrèrent pour la première fois dans les cités romaines, ils eurent horreur de la corruption qu'ils y trouvèrent : ils firent fermer les maisons de débauche, ils punirent ou chassèrent les prostituées, ils permirent à leurs soldats le meurtre et le pillage, mais ils leur interdirent le viol. Les Romains, surpris d'une vertu qui chez eux était si nouvelle, ne purent s'empêcher de rendre eux-mêmes cet hommage à leurs conquérants ; les écrivains latins louent les Goths d'être restés purs au sein de la souillure, et d'avoir su conserver au milieu de la corruption romaine la chasteté des mœurs patriarcales[3]. Bientôt il est vrai le Germain cessa de mériter cet éloge, la con-

[1] Je résume les deux chapitres 18 et 19 de Tacite, qu'on ne saurait se lasser de relire et d'admirer.

[2] Edda Sæmundar, p. 128-145 (trad. Simrock, Stuttgard, 1851) ; Weinhold, *die deutschen Frauen*, p. 393.

[3] Salvien, *de gubernatione Dei*, Paris, 1580, liv. VII, p. 230-265 : « Terras... quas Romani polluerant fornicatione, nunc mundant Barbari castitate... In tanta affluentia rerum ac luxuria, nullus mollis effectus est... Horruerunt concubitus contactusque meretricum;... nec horruerunt tantum, sed penitus jam non esse fecerunt... gladio impudicitiam coercentes. » L. Wisig., III, IV, 17.

tagion du vice ne tarda pas à l'atteindre, et s'il conserva longtemps la férocité de ses ancêtres, il oublia vite leurs vertus. Toutefois, chez les peuples du Nord, qui, à l'abri de tout contact avec la civilisation romaine, n'en subirent jamais l'influence, on retrouve encore, jusqu'au milieu du moyen âge, les mœurs sévères de la Germanie primitive; au XII^e^ siècle, la loi d'Islande punit de l'amende ou de l'exil un simple baiser donné à une femme; au XV^e^ siècle, la loi de Copenhague ordonne que la femme adultère soit enterrée vivante, l'homme décapité [1]. Si ce ne sont pas là précisément les mêmes lois que chez les Germains de Tacite, ne sont-ce pas toujours le même esprit et les mêmes mœurs?

Dans ces mœurs simples et sévères est le secret de ce prestige mystérieux qui entourait la femme germaine et qui forçait des hommes impatients de tout frein à se courber devant elle. Grâce à leurs croyances superstitieuses, le respect des Germains pour la femme tournait aisément en une sorte d'adoration : leur imagination rêveuse croyait voir quelque chose de divin dans un être qui, à leurs yeux, était, comme les dieux mêmes, pur, inviolable et sacré. Personne n'ignore quel rôle religieux jouait la femme en Germanie [2]. Mais ce qu'il faut remarquer surtout, c'est que les prêtresses germaines n'étaient point, comme les vestales de Rome, séparées de la société et de leurs familles pour former une sorte de caste ou de collège particulier. Elles ne se distinguaient des autres femmes que par leur piété, leur chasteté et leurs lumières, et toute fille vierge, toute mère de famille vertueuse, pouvait, en se vouant à l'étude et à la pratique assidue du culte religieux, aspirer au titre et à l'autorité de prêtresse. Cette autorité était considérable. Elle n'avait pas pour limites l'enceinte des temples et des forêts sacrées. Dans la famille comme dans la tribu, dans

[1] Gràgàs, *Festa-thättr*, 24 (t. I, p. 337); loi munic. de Copenhague, 1443, citée par Weinhold, p. 294. Voy. aussi les lois de Hambourg, 1270, et des Ditmarses, 1447, citées par Rive, *deutsche Vormundschaft*, t. II, p. 95.

[2] Tacite, *Hist.*, IV, 61, 65; *Germ.*, 8 : « Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant;... complures venerati sunt, non adulatione nec tanquam facerent deas. » César, *de bell. gall.*, I, 50; Strabon, VII, 2; Plutarque, *César*, 19.

les assemblées populaires comme sur les champs de bataille, nulle résolution importante ne se prenait sans l'intervention de la religion, et par suite de la prêtresse. C'est elle qui souvent tirait les augures, et, dans les caractères runiques jetés au hasard sur un linceul sans tache, lisait la volonté des dieux[1].

Un ingénieux auteur en a conclu, avec assez de vraisemblance, que les femmes germaines étaient versées dans les mystères de l'écriture runique et possédaient ainsi toute l'instruction qu'on pouvait recevoir dans ces temps barbares[2]. Il semble même que plus tard, tout en entrant dans l'Église chrétienne, elles cherchèrent à conserver encore la tradition de cette science secrète, comme un glorieux privilège : car, jusque dans le huitième siècle, on trouve des canons qui interdisent l'étude et la lecture des runes dans les couvents de religieuses[3]. Mais si le christianisme dépouilla la femme de son ancien prestige religieux, elle conserva toujours, aux yeux des Barbares, le prestige qui s'attache à la supériorité de l'instruction et des lumières. Elle n'osa plus pénétrer dans les mystères sacrés des runes; mais elle sut s'initier à la connaissance, non moins mystérieuse en ces temps barbares, des lettres grecques et romaines. Je ne parle ici que des princesses et des femmes de noble naissance : ce sont les seules que les écrivains nous fassent connaître, et ce qu'ils louent le plus souvent en elles, c'est leur esprit cultivé et leur instruction[4]. Ce n'est certes pas aux princes et aux guerriers d'alors qu'eût pu s'adresser un pareil éloge : ils l'auraient tenu pour une in-

[1] J. Grimm, *deutsche Mythologie,* ch. v, p. 84; ch. xvi; Weinhold, *die deutschen Frauen,* ch. iii.

[2] Weinhold, *l. c.* Ce que dit Tacite (19), que les Germains, hommes et femmes, ignoraient l'écriture, doit s'entendre peut-être de l'écriture romaine, et non de l'écriture runique.

[3] « *Winileod* scribere vel mittere. » Capit. Car. M. ann. 789 (Pertz, t. III, p. 68).

[4] Voici comment Cassiodore, dans sa lettre au Thuringien Hermanfried (*Var.*, IV, 1; cpr. X, 4; XI, 1), loue la fiancée de ce prince, nièce de l'empereur Théodoric : « Habebit felix Thoringia quod nutrivit Italia, literis doctam, moribus eruditam, decoram non solum genere quantum et feminea dignitate, ut non minus patria vestra istius splendeat moribus quam suis triumphis. »

jure, car l'étude, avec les habitudes sédentaires et les mœurs douces qui l'accompagnent, paraissait dégradante à ces barbares. Quant la reine Amalasunthe voulut entourer son fils de grammairiens et de lettrés, tous les Goths protestèrent : « Ce n'est pas la plume, disaient-ils, c'est l'épée que doit manier un jeune prince; les habitudes studieuses amolliront son courage et le rendront faible et timide comme une femme ; » et la reine se vit contrainte d'éloigner les précepteurs romains et de les remplacer par de jeunes guerriers goths[1]. Dans ces temps de ténèbres et de violence, c'est auprès des femmes que les lettres et les arts trouvaient une paisible retraite : l'on vit des princesses barbares comme Radegonde rouvrir pour la science et les lettres proscrites des espèces de lieux d'asile, et fonder des couvents de femmes où l'étude et la culture des lettres profanes comme celle des livres saints étaient mises au rang des premiers devoirs de la communauté[2]. Enfin il est un témoignage plus irrécusable encore de l'inégalité de l'instruction chez les deux sexes à cette époque, et ce sont les monuments juridiques qui vont nous le fournir : dans le partage des biens mobiliers compris dans une succession, de même que les chevaux et les armes n'appartenaient qu'aux héritiers mâles, certains objets étaient considérés comme ne pouvant servir qu'à l'usage des femmes, et leur étaient, en conséquence, exclusivement dévolus : ces objets étaient les robes, les bijoux, les joyaux, et enfin les livres[3].

Ces diverses causes réunies expliquent et justifient la haute influence qu'exerça la femme dans cette société inculte et grossière et le sentiment respectueux et exalté

[1] Procope, *de bell. goth.*, I, 2.

[2] Voy. par exemple la *Règle* de saint Césaire d'Arles (Annal. Franc. eccl., t. I, p. 477), Reg. 17 : « Omnes (sorores) litteras discant. Omni tempore, duabus horis, hoc est a mane usque ad horam secundam, lectioni vacent... » Reg. 18 : « ... Reliquis vero in unum operantibus, una de sororibus usque ad tertiam legat. » — C'est dans le couvent de Radegonde que Fortunat composa la plupart de ses poésies.

[3] Sachsenspiegel, I, 24 § 3 : « So nimt se allet dat to der rade hort, dat sin alle scap unde gense unde kasten... *unde alle büke die to godes deneste horet, die vrowen pleget to lesene...* »

qu'elle inspira. Rien d'analogue à ce sentiment ne se rencontre dans les sociétés antiques. Les anciens, les Romains surtout, honoraient sans doute leurs épouses et leurs mères; dans cette religion du foyer, dans ce culte de la famille, si chers à l'antiquité, la mère de famille ne pouvait être oubliée; mais ce respect et ces honneurs, la femme les devait à sa qualité d'épouse et de mère, et non à son sexe. Il en est tout autrement chez les Germains : ce n'est pas seulement à la compagne de leur foyer, à la mère de leurs enfants, que s'adressent leur respect et leurs hommages; c'est à la femme elle-même. Honneur à Dieu et aux femmes[1]! telle est la devise traditionnelle qui, durant tout le moyen âge, a retenti, dans les combats comme dans les fêtes, chez tous les peuples de race germaine. Ce sentiment enthousiaste, cette espèce de culte pour la femme, que Tacite signalait comme un des caractères particuliers de la Germanie primitive, est devenu l'un des traits les plus caractéristiques des sociétés modernes : il a créé une littérature, des mœurs, des habitudes sociales dont l'antiquité n'eut jamais l'idée, et, en agissant sur les mœurs, il a aussi agi sur les lois. J'aurai plus d'une fois l'occasion de constater son influence. J'aurai à signaler les diverses altérations que le christianisme, la civilisation romaine, la chevalerie féodale, lui ont fait subir tour à tour. Je n'ai voulu ici que rechercher son origine : cette origine est dans les mœurs germaines et n'est point ailleurs.

Montesquieu, après avoir décrit les rouages compliqués et savants du gouvernement représentatif en Angleterre, termine en disant : « L'idée de ce gouvernement a été tirée des institutions germaniques; ce beau système a été trouvé dans les bois[2]. » Ce que Montesquieu disait de la liberté individuelle, on peut le dire aussi de ce sentiment si noble et si délicat qui, en exaltant la femme, a ennobli l'homme lui-même, qui a inspiré l'héroïsme chevaleresque du moyen

[1] « Durch aller frouwen êre. — Rret Got und diû wip. » J. Grimm, *deutsche Mythologie*, t. I, p. 369 et suiv.

[2] *Esprit des Lois*, Liv. XI, ch. 6.

âge, qui fait aujourd'hui l'ornement et le charme des sociétés polies : c'est dans les forêts de la Germanie qu'il a pris naissance.

La Germanie primitive n'a donc pas péri tout entière. Plusieurs de ses institutions et de ses lois sont encore vivantes dans les institutions et dans les lois des nations modernes. Nulle part, dans les divers États de l'Europe, la tradition germaine ne s'est complètement effacée; mais elle s'est conservée avec bien plus de fidélité et de persistance dans les États du Nord, et surtout dans la Scandinavie. Je vais, en commençant par ces États et en descendant ensuite progressivement du Nord au Midi et des races germaines aux races latines, rechercher quelle est la capacité civile des femmes dans les diverses législations européennes. Je terminerai par la France qui, grâce à sa position au centre de l'Europe et à son génie centralisateur, a pu réunir et fondre ensemble l'élément germanique et l'élément romain, et présenter ainsi, dans sa législation à la fois si harmonique et si complexe, comme un composé et une synthèse de toutes les autres.

LIVRE TROISIÈME

NATIONS ÉTRANGÈRES

LIVRE TROISIÈME

NATIONS ÉTRANGÈRES

CHAPITRE PREMIER

SCANDINAVIE

I.

Dans la Scandinavie, nous retrouvons encore la Germanie primitive. Les mœurs et les institutions que décrit Tacite s'y sont modifiées sans doute, mais par l'effet d'un développement naturel et normal; partout ailleurs elles se sont altérées ou faussées sous des influences étrangères. Si l'on est curieux de contempler, dans sa pureté première et à sa source même, ce droit germanique que la civilisation moderne s'est assimilé en le transformant, on n'a qu'à ouvrir les anciens codes de la Suède, de la Norwége et de l'Islande. Arrêtons-nous quelques instants devant ces monuments historiques trop négligés peut-être jusqu'à ce jour. Ce ne sont pas seulement les lois d'un peuple à part et d'une presqu'île isolée que leur étude doit nous révéler, ce sont les origines communes de toutes les législations modernes qu'elle va éclairer d'un nouveau jour.

Tous les monuments du droit germanique peuvent se diviser en deux classes bien distinctes. Les uns, promulgués par les Barbares dans leur propre langue et dans la patrie de leurs aïeux, sont purement germaniques et de forme et

d'origine : ce sont les codes du Danemark, de la presqu'île et des îles Scandinaves[1]. Les autres, écrits en langue latine, en pays latins, au sein des influences romaines, sont parfois plus romains que barbares : ce sont les codes des diverses tribus germaines qui vinrent s'établir sur le territoire de l'Empire.

Jusqu'ici, en France du moins, l'on n'a guère étudié le droit germanique que dans cette seconde classe de documents. L'on a cru, par une illusion assez naturelle, pouvoir découvrir la source des législations modernes sans sortir des pays mêmes qu'elles régissent, et pour rechercher, par exemple, les origines de la loi française, on s'est borné bien souvent à interroger les codes germaniques qui ont régné sur le sol français. Mais ce ne sont pas les lois promulguées sur les bords du Rhône ou de la Seine qui nous apprendront comment vivaient nos pères lorsque leurs tribus à demi sauvages campaient sur les côtes de la Baltique ou sur les rives de l'Oder. A l'époque où ces lois furent rendues, les Francs, les Goths, les Burgondes, assouplis par le christianisme, disciplinés par les rois, transportés sous le ciel du Midi, au sein des douceurs de la civilisation et du luxe des cités, avaient presque oublié les mœurs simples et rudes de leur première patrie. Si l'on veut connaître les Germains, il faut remonter pour ainsi dire, par les mêmes chemins qu'ils ont suivis dans leurs conquêtes, il faut pénétrer jusqu'aux lieux mêmes d'où

[1] Voici, pour l'intelligence des citations qui vont suivre, les principales éditions de ces codes :

Islande. Grágás, ed. Schlegel, Havniæ, 1829 (avec trad. latine), 2 vol.; Iárnsíða, ed. Sveinbjœrnsson, Havniæ, 1847 (avec trad. latine).

Norvége. Norges gamle love indtil 1387, udg. Keyser og Munch, Christiania, 1846-49, 3 vol.

Suède. Samling of Sweriges gamla Lagar, ed. Collin et Schlyter, Stockholm, Upsal et Lund, 1827-62, 10 vol. (avec trad. latine).

Danemark. Les anciennes lois danoises ont été publiées par M. Kolderup-Rosenvinge (Samling af gamle danske Love, Copenhague, 1821-46, 5 vol.), et plus récemment par M. Thorsen (Sællandske, Skanske, Jydske Lov, Copenhague, 1852-53, 5 vol.). — * Voyez R. Dareste : *Mémoire sur les anciennes lois suédoises* (Journal des Savants, sept.-octobre 1880); — *Les anciennes lois du Danemark* (*ibid.*, février 1881); — *Les anciennes lois de la Norwège* (*ibid.*, avril-mai 1881); — *Les anciennes lois de l'Islande* (*ibid.*, août 1881). Cf. Weinhold : *Altnordisches Leben.*

ils sont partis, jusqu'à ces presqu'îles du Jutland ou de la Scandinavie que Jornandès appelait « la fabrique des nations. »

Là, nous trouvons les Barbares chez eux. « L'on peut affirmer, dit le savant Wilda[1], malgré l'incertitude qui plane encore sur la topographie des tribus germaines, que les contrées où Tacite place les Cimbres, les Goths, les Suions, sont les mêmes que ces peuples occupaient encore au moyen âge. » Seuls entre tous les enfants de la même race, les Scandinaves sont restés attachés et à leur sol natal et aux institutions de leurs aïeux. Seuls ils ont su conserver intact le dépôt des traditions nationales. Presque séparés du reste de l'Europe par les mers ou par les glaces, ils n'ont jamais ressenti, dans leurs sauvages et paisibles retraites, ni l'influence de la civilisation romaine, ni le contre-coup des invasions barbares. Le christianisme lui-même ne pénétra chez eux que fort tard. La marche des idées chrétiennes à travers l'Europe fut à peu près l'inverse de celle que les armées barbares avaient suivie : la barbarie était descendue du Nord au Midi; l'invasion pacifique du christianisme remonta du Midi au Nord, et ce n'est que vers les x^e^ et xi^e^ siècles qu'elle parvint jusque sur les côtes de la Baltique. Mais à cette époque les institutions nationales des Scandinaves avaient eu le temps de se développer et de grandir, et le clergé chrétien ne put pas les façonner dès le berceau, comme il l'avait fait pour les législations naissantes des Germains du Midi.

Il est vrai que, s'il fallait juger de l'âge d'une institution par la date du texte officiel qui la consacre, ce n'est point aux lois scandinaves qu'appartiendrait le droit d'aînesse. Les plus anciens codes de Suède ou de Norvége ne datent que du x^e^ siècle; on fait remonter au vii^e^ et jusqu'au v^e^ siècle ceux des Visigoths, des Burgondes, des Francs. Mais est-il besoin de rappeler combien cette chronologie tout extérieure est trompeuse pour celui qui recherche, non pas la suite des

[1] *Das Strafrecht der Germanem*, Halle, 1842, p. 11.

faits, mais le progrès des idées? Si, au lieu de classer les divers codes germaniques d'après la date inscrite sur chacun d'eux, vous les ouvrez et vous en comparez le contenu, vous reconnaîtrez bientôt que les lois les plus récentes par la promulgation sont parfois les plus anciennes par l'origine. Telles sont en particulier les lois des Scandinaves; écrites, pour la plupart, plus de mille ans après Tacite, elles présentent avec le livre de l'historien latin une conformité qu'on ne retrouve au même degré dans aucun autre des codes germaniques. Dans la *Grâgâs* de l'Islande ou le *Gulathing* de la Norvége comme dans Tacite, les Germains nous apparaissent encore avec les mœurs et les institutions qui caractérisent les sociétés naissantes : la famille est souveraine et se gouverne elle-même, le chef de la maison est juge et pontife[1], le droit de se faire justice par les armes est régularisé sans être aboli[2], et la juridiction des arbitres choisis par les parties n'a point encore fait place à celle du magistrat nommé par le roi[3]. Chez les Germains du Midi, au contraire, dans les codes des Visigoths, des Lombards ou des Burgondes, plus de droit de vengeance, plus de guerre privée, plus de juridiction arbitrale ou domestique, plus de famille souveraine; déjà l'État est formé, il a son administration, ses tribunaux, jusqu'à sa police; déjà l'indépendance individuelle, la souveraineté domestique, fléchissent sous la pression des pouvoirs publics[4].

Aussi les lois germaines du Midi et celles du Nord vont-elles nous offrir, dans leur règlement des droits de la femme, l'opposition la plus tranchée; et, chose étrange, celles qui traiteront la femme avec le plus de douceur, celles qui sauront le mieux sauvegarder sa dignité et garantir ses droits,

[1] La possession du *godord*, à laquelle étaient attachées les fonctions du magistrat et celles du prêtre, était héréditaire dans les familles islandaises. Grâgâs, *Thingskapa-thâttr*, 61 (t. I, p. 166). Là est la vraie origine des justices patrimoniales.

[2] Grâgâs, *Vigslodi*, 11, 13, 79, 104 (t. II, p. 15-19, 123, 144).

[3] C'est encore le jugement par des arbitres (*sættarmen*, hommes de paix), qu'on retrouve sans cesse dans la Grâgâs. *Kaupa-balkr*, 69, 70, 80 (t. I, p. 485-497).

[4] Voy. *infrà*, sur les lois des Lombards, ch. IV, § 2; sur celles des Visigoths, ch. V, § 2; sur celles des Francs et des Burgondes, liv. IV, ch. I, § 1.

ce ne seront point les lois à demi romaines et civilisées des Gaules, de l'Espagne ou de l'Italie, ce seront les lois encore toutes barbares de la Suède, de la Norvége ou de l'Islande. Comparez, par exemple, les coutumes encore primitives des tribus islandaises ou norvégiennes avec la législation déjà savante et régulière du royaume lombard d'Italie. Chez les Lombards, la femme est toujours sous le pouvoir d'un tuteur ou plutôt d'un maître; chez les Scandinaves, elle peut être tutrice elle-même. Chez les Lombards, elle ne peut disposer d'aucun bien; chez les Scandinaves, elle dispose parfois même de ses immeubles. Enfin, en Italie, la veuve reste enchaînée à la famille du mari; dans la Norvége ou la Suède, elle retourne dans sa propre famille. On est donc bien loin de la vérité lorsqu'on s'imagine que la position des femmes s'est de tous points améliorée chez les Germains à mesure que leurs coutumes nationales se sont régularisées et adoucies sous l'influence de la civilisation romaine : ce préjugé trop commun rencontre dans les témoignages concordant des codes scandinaves et de Tacite un éclatant démenti. Reconnaissons au contraire que la femme a perdu une partie de ses droits et de sa puissance, le jour où les Germains ont passé de la vie patriarcale à l'organisation militaire et monarchique, et du régime de la tribu à celui de l'État. Ce n'est point là un fait accidentel, c'est l'application d'une loi historique que nous avons déjà observée plus d'une fois dans le cours de ces recherches, et que nous allons voir se vérifier une fois de plus dans les institutions scandinaves.

Chez les Scandinaves comme chez la plupart des autres nations germaines, la capacité de la femme diminue avec le mariage et augmente avec le veuvage. C'est chez la fille qu'elle se présente, pour ainsi dire, à l'état normal, et qu'il convient par conséquent de l'étudier tout d'abord.

La fille, nous l'avons déjà vu, demeure toujours en tutelle, ce qui ne signifie nullement, comme on le dit parfois, qu'elle demeure toujours en état de minorité : il y a au contraire pour les filles comme pour les garçons une

majorité légale[1], et si la femme, devenue majeure, conserve encore son tuteur, ce tuteur n'a plus que des pouvoirs limités et dont la mesure varie suivant les divers codes scandinaves.

En Norvége et en Islande, la femme, une fois majeure, a la libre jouissance et la libre administration de ses biens. Elle peut même intenter et diriger à son gré une action de justice; car, s'il ne lui est pas permis de comparaître elle-même, elle a du moins le droit de choisir ou de révoquer son représentant[2]. Enfin elle peut, dans une certaine mesure, disposer de son patrimoine : les seuls actes que la loi lui défende sont l'aliénation d'un navire, d'une seigneurie *(godord),* de plus de la moitié de son champ[3]. En un mot, prêter à la femme son assistance dans quelques actes exceptionnels, voilà à quoi la *Grâgâs* et les lois norvégiennes réduisent le rôle d'un tuteur légal.

Les codes de la Suède et du Danemark lui confèrent des pouvoirs plus étendus. Plus rapprochés du centre de l'Europe par leur situation géographique, ces deux États s'en rapprochent aussi par leurs institutions et leurs usages. La femme y est, sous certains rapports, assimilée au mineur[4]. Le tuteur ne se borne plus à l'assister, comme dans la Norvége ou dans l'Islande, il la représente et agit pour elle; son intervention n'est plus exceptionnelle, elle est générale et constante : c'est le même tuteur légal (le plus proche parent et, en général, l'héritier présomptif) qui représente la femme et dans les procès et dans les contrats.

Et cependant, même en Danemark et en Suède, la personnalité de la femme n'a point complètement disparu derrière l'autorité du tuteur. Le tuteur a l'exercice du droit, mais le droit lui-même n'appartient qu'à la femme. Qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qu'elle ait reçu ou

[1] Grâgâs, *Arfa-thâttr,* 4 (t. I, p. 180).

[2] Biarkeyar-rett, 99 (t. I, p. 332).

[3] Grâgâs, *Festa-thâttr,* 21 (t. I, p. 334).

[4] Oestgœthalagen, *Ræfsta-balk.,* 12 (t. II, p. 175); Andr. Sunonis lex Scaniæ, p. 105.

commis une injure, c'est elle seule que l'action intéresse, c'est elle qui acquiert la composition ou qui doit la payer[1]. Le tuteur de la femme n'est donc qu'un administrateur de la chose d'autrui, et il est à ce titre responsable et comptable; la loi lui défend d'aliéner les biens qu'elle lui confie et elle le soumet à en rendre compte, non-seulement pour le capital, mais même pour les intérêts et les fruits[2].

Cette reddition de compte doit avoir lieu lors de l'expiration de la tutelle, c'est-à-dire lors du mariage de la pupille. Ici s'ouvre une période nouvelle dans la vie de la femme. Après avoir étudié la capacité de la fille, étudions celle de l'épouse.

Le mariage de la femme[3], qui met fin aux pouvoirs du tuteur, ne s'accomplit encore que sous son autorité. En principe, c'est le tuteur qui dispose seul de la main de sa pupille; mais du moins la jeune fille a-t-elle le droit de rejeter le parti qu'on lui propose[4]; bien plus, si son tuteur et sa famille refusent ou négligent de la pourvoir, devenue nubile, elle peut, en se faisant assister d'un de ses proches, disposer elle-même de sa main et se choisir un mari[5]. Il est clair qu'un tel mariage, où une si large part est donnée à la libre volonté de l'épouse, n'a rien de commun avec le mariage par vente des peuples orientaux. J'ai déjà montré que cette vente de la fiancée, dont parlent tous les codes scandinaves, n'était qu'un pur symbole : voilà une preuve nouvelle qui suffirait à l'établir[6].

[1] Eriks Sællandske Lov, II, 20 (éd. Thorsen, p. 111); cpr. Gràgàs, *Vigslodi*, 49 (t. II, p. 89). Cependant il est certaines provinces de la Suède où le tuteur retient pour lui une partie de la composition, et où il est tenu en retour, en cas d'insolvabilité de sa pupille, de payer la composition pour elle de ses propres deniers. Oestgœthalagen, *Vada-mal*, 14, 35 (t. II, p. 20, 75).

[2] Rive, *Geschichte des deutschen Vormundschaft*, Brunswick, 1862-66, t. I, p. 110.

[3] Cpr. Thorlacius, *Borealium vet. matrimonia cum Rom. inst. collata*, Hafniæ, 1784; K. d'Olivecrona, *Précis historique de la communauté des biens entre époux*, Paris, 1866.

[4] Westgœthalagen, II, *Kirkiu-balk.*, 52 (t. I, p. 99); Uplandslagen, *Aerflhæ-balk.*, 1 § 4 (t. III, p. 105). Peut-être en était-il autrement en Islande; voy. Nial saga, 10; Egil saga, 7.

[5] Gràgàs, *Festa-thättr*, 2 (t. I, p. 307).

[6] Le *wingiæf*, que le fiancé devait aussi payer au tuteur dans certaines pro-

Formé par le consentement des deux époux, le mariage pouvait se dissoudre de même : la loi n'impose d'autre condition au divorce par consentement mutuel, que l'autorisation du clergé. L'évêque prononce le divorce, et au moment où les époux se séparent, le mari doit donner à la femme un cheval pour retourner vers sa famille[1]. Le divorce pouvait aussi être prononcé sur la réclamation de la femme, si le mari la maltraitait, la délaissait, ou dissipait ses biens[2].

L'autorité du mari avait donc ses limites comme celle du tuteur, mais des limites moins étroites. Le mari n'était pas seulement l'administrateur des biens de sa femme, il en était le maître : quel que fût le régime nuptial adopté par les époux, quels que fussent les biens possédés par la femme, meubles ou immeubles, dotaux ou non dotaux, le mari pouvait en disposer à son gré, sauf à en restituer la valeur lors de la dissolution du mariage[3]. La femme n'avait qu'une seule ressource pour arrêter les dissipations du mari et prévenir sa ruine et celle de ses enfants : elle pouvait implorer de l'évêque l'autorisation de reprendre, d'ores et déjà et sans attendre la dissolution du mariage, tout ou partie de son patrimoine[4] : c'était une véritable séparation de biens. Sauf ce remède extrême et dont l'usage était sans doute peu fréquent, les droits de la femme, tant que durait l'union conjugale se réduisaient à fort peu de chose : elle pouvait, sans autorisation maritale, aliéner ou s'engager pour une valeur minime et dont le chiffre était fixé par la loi; elle pouvait de plus contracter seule et sans autre limite que celle des besoins du ménage, lorsque le mari était absent;

vinces de la Suède, n'était, pas plus que le *mundr*, le prix de la fiancée, mais un dédommagement pour le tuteur de la responsabilité qui avait pesé sur lui durant la tutelle. Rive, *Vormundschatf*, p. 119.

[1] Grágàs, *Festa-thâttr*, 15 (t. I, p. 326). Ainsi l'intervention de la religion, qui n'était pas nécessaire pour contracter le mariage, était nécessaire pour le dissoudre.

[2] *Ibid.*, 14-16, 19 (t. I, p. 325-333).

[3] Andr. Sunonis lex Scaniæ, p. 97 : « Nulla prole suscitata vel superstite, alienare non debet prædium uxoris maritus; si tamen alienaverit, stabit alienatio. » Cpr. cependant Oestgœthalagen, *Gipta-balk.*, 14-22.

[4] Voy. *suprà*, p. 207, note 3.

enfin, tous les actes faits par elle devenaient valables, lorsque le mari les ratifiait ou négligeait de les attaquer dans le délai, parfois fort court, qui lui était imposé par la loi[1].

Mais les droits de la femme, presque effacés tant que dure le mariage, apparaissent et se réalisent dès qu'il se dissout. Ces droits diffèrent alors suivant les divers régimes nuptiaux, et les lois scandinaves distinguent deux espèces de régimes, que nous pourrions désigner, en leur appliquant la terminologie du droit moderne, par les noms bien connus de communauté légale et d'exclusion de communauté.

La communauté est le régime que la loi préfère : les codes d'Islande et de Norvége la présument après quelques années de vie commune[2]; ceux de Suède et de Danemark la présument toujours[3]. Dans tous les cas, cette communauté ne comprend en général que les acquêts et les meubles; quant à leurs immeubles héréditaires, les époux ne pouvaient les mettre en commun qu'en obtenant le consentement de leurs héritiers respectifs[4]. A la dissolution de la communauté, la femme, après avoir prélevé en nature ou en valeur ses immeubles propres et le présent de noce, *mundr,* qu'elle avait reçu du mari, prenait sa portion dans la masse commune; cette portion était fixée, suivant les coutumes, parfois à une moitié, plus souvent à un tiers[5]. Si les époux avaient stipulé l'exclusion de toute communauté, ce pacte n'apportait aucune restriction aux droits du mari

[1] « La femme, dit la Gràgàs (*Festa-thâttr,* 21, t. I, p. 333), ne peut disposer ou s'engager pour plus d'une demi-once par an » (kona a at rada fyrir halfs-eyris kaupi edr minna, VI alna eyris a XII manadum).

[2] Trois ans en Islande. Gràgàs, *Festa-thâttr,* 22 (t. I, p. 335). — Un an ou vingt ans en Norvége. Frostathinglœg, XI, 6-8; Gulathinglœg, 53 (t. I, p. 28).

[3] Westgœthalagen, I, *Aerfthæ-balk.,* 18; II, *Arvæ-balk.,* 26 (t. I, p. 30, 140); Skanske Lov, I, 7; Jydske Lov, I, 6.

[4] Gulathinglœg, 53 (t. I, p. 28).

[5] Gràgàs, *Festa-thâttr,* 22; Uplandslagen, *Aerfthæ-balk.,* 9; Westgœthalagen, I, *Aerfthæ-balk.,* 5, 18, 24, 25; Kolderup-Rosenvinge, *dænischen Rechtsgeschichte,* § 50, 53.

pendant le mariage; il pouvait disposer des biens de sa femme aussi librement que s'ils fussent devenus communs; mais le mariage une fois dissous, il devait restituer leur valeur, et même tenir compte à la femme des économies qu'ils avaient pu produire[1].

Telles étaient les diverses garanties qui protégeaient et la personne et les biens de l'épouse contre les abus de la puissance maritale. Et ces garanties n'étaient point illusoires, bien que la femme, toujours privée du droit de paraître en justice, ne pût elle-même les faire valoir. Rappelons-nous en effet que, même durant le mariage, la femme demeurait encore sous la haute protection de sa famille et de ses anciens tuteurs, et pouvait recourir à eux pour agir contre son mari[2].

C'est auprès de ces tuteurs que la femme retournait au jour du divorce ou du veuvage. Mais elle n'y revenait point avec sa condition d'autrefois, celle d'une pupille soumise et dépendante; son mariage l'avait presque émancipée. Les biens qu'elle rapportait de la maison conjugale demeuraient entre ses mains; elle les administrait librement. Si elle ne pouvait aliéner ses immeubles sans le consentement de son héritier présomptif, qui, en principe, était en même temps son tuteur[3], ce n'était là qu'une application, commune à l'homme et à la femme, du principe germanique de la copropriété de famille. La femme veuve ou divorcée pouvait même, en général, se remarier sans l'assentiment de son tuteur et avec la simple assistance d'un de ses proches[4]. Enfin, à demi affranchie de la tutelle, elle devenait elle-même tutrice légale : ses enfants étaient placés sous sa garde, elle administrait leurs biens avec le concours du plus proche parent, elle dirigeait seule leur éducation; elle disposait seule de la main de sa fille, si celle-ci n'avait point de frère majeur[5]. En un mot, à la réserve de l'incapacité

[1] Rive, *Vormundschft*, p. 131.
[2] Voy. *suprà*, p. 201 et suiv.
[3] Skanske Lov, III, 1; Kolderup-Rosenvinge, p. 28, note *a*.
[4] Grágás, *Festa-thättr*, 2; Gulathinglœg, 51; Uplandslagen, *Aerfthæ-balk.*, 2.
[5] Andr. Sunonis lex Scaniæ, p. 108 : « ... Infans vero, donec septimum annum

l'agir en justice qui, attachée à son sexe, la suivait dans outes les conditions, la veuve jouissait déjà, sous les plus nciens codes scandinaves, de cette indépendance person- elle et de cette liberté civile, que la plupart des législations uropéennes lui ont si longtemps refusée.

II.

Après avoir étudié le droit scandinave dans ses plus antiques monuments, il nous reste à jeter un coup d'œil sur ses destinées ultérieures. Un simple coup d'œil nous suffira : ce que nous venons rechercher dans les lois des peuples du Nord, ce sont surtout les origines de nos propres lois, et à cet égard les documents les plus anciens sont pour nous les plus importants.

D'ailleurs les lois des deux péninsules scandinaves ont bien moins varié que celles du reste de l'Europe, et quand on sait ce qu'elles furent à l'origine, on n'a pas beaucoup à apprendre pour savoir ce qu'elles sont aujourd'hui. Je montrais naguère quelle étonnante conformité présentent les institutions rapportées par Tacite avec celles que consacrent les premiers codes de la Suède ou de l'Islande. Ce qui est plus surprenant encore, c'est la conformité de ces anciens codes avec ceux qui gouvernent encore aujourd'hui les mêmes nations.

C'est que ces contrées reculées sont restées à l'abri des révolutions sociales qui, dans le centre et le midi de l'Europe, ont bouleversé et peu à peu renouvelé les mœurs et les lois. Elles ont eu une noblesse puissante, mais elles n'ont jamais subi le joug de cette hiérarchie féodale qui étendit son inextricable réseau de servitudes et de privilèges

impleverit, provisioni relinquitur pietatis maternæ, et, quoniam usque ad illud tempus a matre pro morte filii, mater ecclesia requirit satisfactionem pœnitentiæ, et ab ea *doccius* infantiæ tractari |*crependia* et necessaria solent affectuosius exhiberi. » — Westgœthalagen, I, *Aerfthæ-balk.*, 4 § 2 ; Oestgœthalagen, *Gipta-balk.*, 18, 19; *suprà*, p. 207.

depuis l'Elbe jusqu'au Tibre et depuis la Tamise jusqu'au Tage. Elles ont eu plus tard des rois héréditaires : mais elles n'ont jamais connu ce système de centralisation qui, ailleurs, confisquait au profit du pouvoir monarchique toutes les franchises locales. Elles sont restées presque toujours étrangères à ces grandes expéditions de la chevalerie chrétienne, qui, en unissant en une même ligue contre l'Asie les divers peuples de l'Europe, leur apprenaient à se connaître les uns les autres et établissaient entre eux un échange d'idées et une réciprocité d'influences. Ainsi confinés dans leur étroite patrie, les Scandinaves y ont contracté un attachement exclusif pour les institutions de leurs aïeux. Les révolutions mêmes, chez eux, semblent animées d'un esprit conservateur. Si, par exemple, ils ont embrassé avec ardeur la réformation protestante, c'est qu'ils ont voulu repousser, dans le clergé romain, le propagateur des idées et de la civilisation latines et l'ennemi naturel de leur droit national. Aussi leurs vieux codes germaniques ont-ils pu résister, mieux que toutes les autres lois européennes, à l'influence envahissante du droit canonique et du droit romain, et quand ces codes surannés ont dû enfin subir une réforme, quand, au milieu du XVII^e^ siècle, la diète suédoise a résolu de donner au pays un code nouveau, le principe fondamental qu'elle a posé d'abord, c'est « qu'on ne porterait aucune atteinte au droit ancien et fondamental du royaume, et qu'on se bornerait à y ajouter les compléments et les explications devenus nécessaires[1]. »

On ne sera pas surpris, après cela, si, de tous les codes généraux qui régissent aujourd'hui les divers États de l'Eu-

[1] Diète de 1644. — J'aurais montré, si ce n'eût pas été trop long, combien ce principe conservateur domine toute l'histoire du droit scandinave. La première institution des juges royaux en Danemark ne date que de la seconde moitié du XIII^e^ siècle (sous Christophe I^er^ et Eric Glipping). La première intervention des pouvoirs publics dans la famille, la nomination de tuteurs par un tribunal, ne remonte, pour la Suède comme pour le Danemark, qu'à la fin du XV^e^ siècle (Jean, 1488). Les guerres privées n'ont été complètement abolies que par les ordonnances de 1618 et 1620 (Christian IV); et l'usage des corvées subsiste encore aujourd'hui dans les ermes seigneuriales.

rope, les moins récents sont ceux de la Scandinavie. Le code suédois dont je parlais tout à l'heure, et qui n'a été définitivement promulgué qu'en 1734, est celui qui règne encore de nos jours. La Norvége en est restée jusqu'ici au code de 1687. En Danemark, pour trouver la loi générale la plus récente, il faut remonter jusqu'à l'an 1683; et dans l'Islande enfin, malgré plusieurs réformes partielles, le code que je signalais naguère comme se rapprochant le plus du droit primitif des Germains, la *Grâgâs*, constitue aujourd'hui encore le fond de la législation civile[1].

Prenons le plus moderne de tous ces recueils de lois, le code suédois de 1734, rapprochons-le des plus anciens codes de la Suède, et nous aurons ainsi la mesure du chemin qu'a fait le peuple scandinave depuis les commencements du moyen âge jusqu'aujourd'hui.

Ce qui nous frappe d'abord dans ce code, c'est qu'il n'a nullement pour objet, comme les nôtres, d'établir dans tout le pays une législation uniforme. Non-seulement il laisse subsister les nombreuses coutumes locales qui se partagent le territoire, mais il se divise lui-même en deux parties et comme en deux codes tout différents, le code des villes, et le code des campagnes, *Staadzlagh* et *Landslagh*. Dans les villes, bâties en général sur les côtes, les besoins du commerce et de l'industrie ont triomphé des instincts conservateurs et poussé la législation dans les voies du progrès. Mais les villes sont rares en Suède : dès qu'on a quitté les côtes et qu'on s'avance dans l'intérieur du pays, on rencontre d'immenses forêts qui couvrent les neuf dixièmes du territoire : là, plus de villes, plus de grandes agglomérations d'habitants; la population vit éparse et clair-semée dans les montagnes et dans les bois, à peu près comme les Germains du temps de Tacite, « discreti ac diversi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit[2]. » Cette population rurale, bien plus nom-

[1] Le *Jonsbok* (1280), bien que formant aussi un code général, n'a point abrogé la Grâgâs.

[2] J'emprunte ces détails à M. A. de Saint-Joseph, *Concordance des codes civils étrangers*, t. III, p. 494 (*Introd. au code suédois*).

breuse que celle des villes, a conservé, jusqu'en ces derniers temps, des mœurs et des institutions presque primitives. On va en juger par quelques extraits de la loi des campagnes de 1734.

La femme, d'après cette loi, est, suivant l'ancien principe germanique, incapable de paraître en justice et soumise à une tutelle perpétuelle. Elle n'est émancipée que par le veuvage. Elle succède, mais ne prend qu'une demi-part, comme sous les plus anciennes lois scandinaves[1].

Le mariage est, comme chez les Germains, précédé de fiançailles solennelles et obligatoires, qui s'accomplissent toujours avec l'antique formule : « A toi (la fiancée) l'honneur et les droits d'épouse; à toi les clefs de ma maison, la moitié de ma couche, le tiers de ce que je possède et de ce que nous acquerrons ensemble[2]. » La fiancée elle-même ne semble jouer qu'un rôle passif dans ce contrat qui dispose de son sort : les deux parties contractantes sont le jeune homme et le tuteur de la jeune fille. Ce tuteur, c'est son père, son frère, toujours un parent mâle, et de préférence un agnat. Si toutefois le tuteur refusait de consentir au mariage par malveillance, le tribunal examinerait l'affaire et suppléerait, au besoin, à son consentement[3].

Quant aux biens des époux, la loi nouvelle, tout comme l'ancienne, présume une communauté d'acquêts et de meubles; la femme n'a droit qu'à une demi-part dans cette communauté, de même qu'elle ne prend qu'une demi-part dans la succession qu'elle partage avec un héritier mâle. Ce droit pour la femme n'est guère qu'un droit de survie : car, tant que dure le mariage, le mari est maître absolu

[1] Landzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 20; *Erfda-balk.*, 1, 3 (trad. Saint-Joseph, tit. *du mariage*, IX, 1; tit. *des successions*, XIX, 2, 3); Dreyer, *de inæqualitate masc. et feminar. sec. j. Cimbricà*, Helmstædt, 1744.

[2] « ... Til hedær ok til husfru, ok til siæng halfræ, til lasæ ok niklæ, ok til laghæ thridiungx i allu han a. i. lœsœrum, ok han afflæ fa. » Uplandslagen, *Aerfthæbalk.*, 3.

[3] Mais le consentement de la fille ne peut être forcé. Landzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 1-5 (Saint-Joseph, tit. *du mariage*, I, 5; VI, 4).

de la communauté[1], et ce n'est que dans les cas où il est absent ou privé de raison que la femme peut administrer et même vendre les biens communs. Toutefois, les dettes que le mari a souscrites dans son intérêt personnel ne peuvent être réclamées, ni sur les biens propres de la femme, ni même sur la part qu'elle a dans la communauté, à moins qu'elle ne se soit obligée elle-même conjointement avec son mari. Remarquez, en effet, qu'une semblable obligation de la part de la femme n'est nullement interdite par les lois scandinaves : bien que ces lois aient pris soin de défendre les ventes entre époux[2], elles n'ont jamais renouvelé les prohibitions du sénatus-consulte Velléien, ni défendu à la femme de s'obliger pour son mari[3].

Enfin, une fois devenue veuve, la femme est affranchie de la tutelle. Non-seulement elle devient maîtresse de sa personne et de ses biens, mais elle a même la direction de la personne et des biens de ses enfants : toutefois, à cet égard, elle doit se faire assister d'un tuteur ou des parents du père[4]. Toutes ces prescriptions, on le voit, sont comme calquées sur celles de l'ancienne législation.

J'ai dit que le droit des villes différait de tout point de celui des campagnes. En voici quelques exemples. La femme, dans les villes, prend, non plus une demi-part, mais une part entière dans les successions; elle a de même une part entière, c'est-à-dire la moitié, de la communauté conjugale[5]. Lors du mariage de la fille, la mère doit être con-

[1] Il est seulement interdit au mari d'aliéner les immeubles de la femme. Landzlagh, *Gifft.-balk.*, 16 (Saint-Joseph, tit. *du mariage*, XI).

[2] La raison qu'en donne la loi (Jydske Lov, III, 43) mérite d'être rapportée : « C'est que souvent un mari, dans de bonnes ou de mauvaises intentions (med wæght œldœr med awæght), sait amener sa femme à lui céder tout ce qu'il veut; et que, d'un autre côté, les femmes sont parfois assez fines pour obtenir de leurs maris tout ce qu'elles leur demandent. »

[3] L'obligation solidaire de la femme avec le mari est au contraire expressément permise par la loi suédoise. Staadzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 11 (Saint-Joseph, tit. *du mariage*, XI, 3).

[4] Landzlagh, *Gifftomàla-balk.*, 15, 20.

[5] Staadzlagh, *Erffda-balk.*, 1; *Gifftomàla-balk.*, 12 (Saint-Joseph, tit. *des successions*, II; tit. *du mariage*, X, 4).

sultée, même du vivant du père. Enfin la mère peut, tout comme le père, nommer un tuteur testamentaire pour ses enfants [1].

Je n'ai parlé jusqu'ici que des deux codes suédois de 1734. Quant aux codes de Danemark et de Norvége, qu'il me suffise de dire qu'ils sont conformes, presque en tout point, à la loi de Suède pour les campagnes [2].

Telle est, en aperçu, la capacité de la femme d'après les divers codes scandinaves. Mais, bien que ces codes soient encore aujourd'hui la loi régnante, ils ont cependant reçu, dans leurs détails, des modifications nombreuses, dont quelques-unes ne sauraient être passées sous silence. D'après le recès de la diète suédoise de 1810 et l'ordonnance danoise du 24 avril 1839, la femme, bien que toujours soumise en principe à la tutelle perpétuelle, peut obtenir, avec la *venia sexus,* la libre administration de ses biens : dès lors, elle n'a plus besoin que de l'assistance d'un curateur pour les transactions importantes. Pour la veuve, le curateur légitime est remplacé par un conseil qu'elle se choisit elle-même [3]. En Norvége, d'après la loi du 16 juillet 1845, la femme qui a atteint l'âge de vingt-cinq ans entre de plein droit et sans *venia sexus* dans une position analogue à celle du mineur émancipé : son tuteur est remplacé par un curateur et elle administre ses affaires elle-même. Une loi suédoise de la même année (19 mai 1845) dispose que, dans les campagnes tout comme dans les villes, la femme aura droit à une part égale à celle de l'homme, soit dans le partage de la communauté conjugale, soit dans le partage des successions ; et en Norvége, bien que la même réforme n'ait pu encore s'accomplir, le storthing de 1851 en a du moins adopté le projet.

Toutes ces réformes, on le voit, tendent vers un même but, l'accroissement des droits de la femme. Ainsi la Scan-

[1] *Ibid.*, *Gifflomàla-balk.*, 1 (Saint-Joseph, tit. *du mariage,* I).

[2] Il faut noter cependant qu'en Norvége la femme a droit à la moitié de la communauté, bien qu'elle ne prenne que demi-part dans les successions. Code de 1687, l. V, tit. II, art. 29.

[3] Ord. danoise du 24 avril 1839.

dinavie, elle aussi, entre peu à peu dans le courant des idées modernes, et l'on peut déjà prévoir le temps où sa législation civile, devenue à peu près semblable à la nôtre, aura perdu le caractère si original qu'elle présente encore aujourd'hui. Mais ce temps est sans doute bien loin de nous. Les réformes ne s'improvisent point chez les Scandinaves; il faut des siècles pour les accomplir. Il semble que, sous ces rudes climats où la nature physique est plus lente et plus paresseuse, les lois morales qui règlent la marche des sociétés humaines n'agissent aussi qu'avec plus de lenteur. Il y a près de quarante ans qu'un nouveau projet de code a été présenté aux États de Suède, il y a plus de cinquante ans que la loi constitutionnelle de la Norvége a prescrit la confection d'un nouveau code civil par le premier ou, au plus tard, par le deuxième storthing : ces codes, si souvent annoncés, sont encore attendus. Et si l'on calcule que les codes suédois promulgués en 1734 étaient déjà annoncés en 1644 et projetés en 1566, il est permis de présumer que les nouveaux codes promis depuis un demi-siècle ne sont encore que dans la première période de préparation.

Au reste, quelque jugement que l'on porte sur cette législation un peu surannée, on ne saurait méconnaître l'intérêt particulier qu'elle présente pour le publiciste et l'historien. Pour bien connaître les institutions germaniques, pour comprendre quels germes précieux de civilisation elles portaient en elles, il ne suffit pas de les étudier dans la forme grossière qu'elles ont revêtue au lendemain de l'invasion barbare; il faut en suivre le développement lent et régulier chez ce peuple qui a su, en les modifiant peu à peu sans les détruire, en faire une législation digne d'une grande nation chrétienne.

---

* Depuis 1866 quelques nouvelles réformes ont été introduites dans la législation des pays du Nord.

En Suède nous trouvons une loi du 11 décembre 1874[1],

[1] *Annuaire de la Société de législation comparée*, année 1875, p. 566.

portant modification au titre *du mariage*, tel qu'il était arrêté dans le code de 1734. Elle n'apporte pas de changement essentiel à l'ancienne législation ; mais elle donne plus d'extension à la liberté des conventions matrimoniales. Dorénavant la femme peut conserver l'administration de ses propres biens pendant le mariage, et, par suite, ester en justice en ce qui concerne ces biens.

Une loi danoise du 7 mai 1880[1] donne aux femmes mariées la capacité de disposer du produit de leur industrie personnelle, malgré la communauté de biens, qui constitue le régime légal. Voici l'article premier de cette loi : « La femme mariée a seule le droit de disposer entre-vifs, sans le consentement de son mari ni d'aucun autre tuteur, des produits de son industrie personnelle, lorsque cette industrie n'est point alimentée ou entretenue en majeure partie des deniers du mari ou de la communauté, ainsi que de tous les objets qui sont prouvés avoir été acquis pour l'exercice de cette industrie. Les dettes du mari ne peuvent être exécutées sur ces biens pendant la vie de la femme, à moins que celle-ci n'ait consenti à l'obligation. » A. E.

[1] *Annuaire de la Société de législation comparée*, année 1881, p. 533.

CHAPITRE II.

ANGLETERRE.

I.

Les lois de Suède et de Danemark viennent de nous présenter une image fidèle des anciennes institutions germaniques. En passant maintenant à l'étude des lois anglaises, nous entrons dans une phase nouvelle de la civilisation européenne. Au droit germanique, en Europe, a succédé le droit féodal. C'est l'ancienne loi féodale qui va s'offrir à nous dans les institutions de l'Angleterre.

A son origine, sans doute, la loi anglaise n'est point encore féodale. Elle est tour à tour romaine avec César, germaine après l'invasion saxonne, scandinave après l'invasion danoise. Mais une dernière invasion, à la fois plus destructive et plus féconde, celle des Normands de France, vint implanter sur le sol britannique les institutions féodales du continent, et ces institutions prirent si bien racine dans ce terrain nouveau, qu'il n'est pas de pays en Europe où elles aient déployé un aussi riche développement et une aussi puissante vitalité.

Nous pouvons donc, à l'exemple des juristes anglais eux-mêmes, prendre l'époque de la conquête normande comme point de départ de notre étude. A partir de cette dernière invasion, l'Angleterre est restée maîtresse d'elle-même, et sa loi nationale a grandi de siècle en siècle, sans que ni les agitations du dedans ni les influences du dehors aient pu suspendre ni troubler le progrès lent et paisible de son développement. Isolée par ses mers et plus encore par le patrio-

tisme exclusif et jaloux de ses habitants, l'île britannique, comme la presqu'île scandinave, a su conserver et tenir à l'abri de toute influence étrangère l'originalité de ses vieilles lois. Le droit romain, constamment repoussé, ne s'y est jamais introduit que par surprise; le clergé romain, toujours tenu en échec par les parlements ou par les rois, n'a pu y maintenir son pouvoir ni, une fois vaincu, y réparer ses défaites [1]. La législation anglaise ne s'est donc pas laissé pénétrer, comme celles du continent, par les idées romaines et canoniques; elle est restée féodale, comme la loi scandinave est restée germaine.

Mais à cet attachement au passé, les Anglais ont su joindre mieux que les Scandinaves, l'esprit de réforme et d'entreprise. Séparés de tous les peuples par les mers, mais réunis à tous les peuples par le commerce, ils ont su s'approprier les idées étrangères sans se laisser dominer par elles, et le développement de leur droit, pour être plus lent et plus régulier, n'en a été que plus fécond. Si l'on voulait trouver, en effet, un second exemple d'une législation à la fois aussi conservatrice et aussi progressive, aussi une dans son ensemble, aussi variée et aussi riche dans ses détails, ce n'est pas dans les nations modernes qu'on devrait la chercher, il faudrait remonter jusqu'à l'ancienne Rome. Ces qualités d'esprit et de caractère qui avaient fait des Romains le peuple juriste par excellence, revivent, à un degré presque aussi éminent, dans la nation anglaise. Chez les

[1] Dès les premières tentatives faites par l'évêque Vacarius pour introduire l'enseignement du droit romain en Angleterre (an 1138), je trouve une proclamation du roi Étienne qui « défend l'étude des lois récemment importées d'Italie » (Selden, *in Fletam*, VII, 6). Un siècle plus tard, le parlement de Merton repousse certaines innovations que proposait le clergé, par la déclaration suivante : « Omnes comites et barones una voce responderunt, quod nolunt leges Angliæ mutare, quæ hucusque usitatæ sunt et approbatæ » (St. Merton, 20, Henri III, c. 9). Un second siècle s'écoule, et le parlement de Westminster rend cette nouvelle déclaration, que Blackstone qualifie de prophétique : « Parce que le royaume d'Angleterre n'était devant ces heures... unques ne sera rulé ne governé par la ley civil (St. Vestmonast. 11, Rich. II). Enfin au XVIe siècle, Henri VIII mande à l'Université de Cambridge : « Ut nulla legatur palam publice lectio, in jure canonico sive pontificio, nec aliquis gradum aliquem suscipiat. » Stat. Acad. Cant. 137 (cité par Blackstone, bk. I, pt. 3).

deux peuples, c'est le même amour de la loi inséparable de l'amour de la patrie, c'est le même esprit égoïste et pratique, avide de gain et de pouvoir, le même respect pour la légalité poussé jusqu'à la superstition de la forme et de la lettre, les mêmes raffinements de ruse et d'industrie pour accommoder à des besoins nouveaux des textes vieillis et pour élargir les formules légales sans les briser. Et ces mêmes causes, quoique dans des milieux bien différents, ont produit les mêmes effets. La loi anglaise, dans la série de ses évolutions et de ses progrès, a suivi, comme pas à pas, la route qu'avait suivie la loi romaine. Curieux rapprochement, et bien propre à nous prouver que la marche des sociétés ici-bas n'est point abandonnée aux caprices du sort ni à ceux de l'homme, et qu'il est des lois générales et constantes qui président à leur progrès comme à leur déclin! Les Romains, parvenus au faîte de la civilisation et de la puissance, auraient-ils jamais cru que, chez ces barbares insulaires « exilés loin du reste de l'univers, » *penitus toto divisos orbe*, l'on verrait un jour naître et grandir une législation semblable à la leur? et les Anglais eux-mêmes, lorsqu'ils repoussaient de tous leurs efforts l'invasion des idées romaines[1], se doutaient-ils que leur propre instinct allait les conduire par les mêmes voies que les Romains avaient parcourues avant eux? Suivons-les un instant dans leur marche, et, pour mieux comprendre la loi anglaise en ce qui touche l'objet spécial de nos recherches, jetons d'abord un regard d'ensemble sur son développement historique et son caractère général.

En Angleterre comme à Rome, c'est la loi civile la plus dure et la plus tyrannique qui a préparé le terrain sur lequel devaient croître et fleurir un jour toutes les libertés. Le réseau de formules juridiques sous lequel le patriciat romain tenait autrefois la plèbe captive et garrotée, n'était pas plus étroit ni mieux serré que celui sous lequel la noblesse normande sut à son tour enchaîner la plèbe anglo-

[1] Voy. Fortescue, *de laudibus legum Angliæ*, Londini, 1785, p. 28 et suiv.

saxonne. Tout semble avoir été combiné, dans la vieille procédure anglaise, pour assurer la perte de l'opprimé et le triomphe de la chicane. Nul ne pouvait agir en justice sans un *writ*, espèce de formule légale *(legis actio)*, spécialement adaptée à sa cause. Qui rédigeait et délivrait ces writs? Un collége de clercs, et de clercs normands, hommes (je parle le langage d'alors) deux fois maîtres en chicane, et par profession et par naissance[1]. Malheur au plaideur ignorant si les clercs ne pouvaient trouver dans leur formulaire le writ spécial qu'il lui fallait, ou s'ils se méprenaient et lui délivraient un writ pour un autre, ou si, en transcrivant son writ, ils se trompaient d'un mot, d'une syllabe, d'une lettre[2]! Malheur à lui si, dans le cours des *plaids*, c'est-à-dire dans la série de conclusions, répliques, dupliques, *rétorsions*, *surrétorsions*, qu'il échangeait à l'audience avec son adversaire, il laissait échapper un mot, une syllabe qui ne fût pas exactement conforme, soit à son writ, soit à la litanie consacrée! Dans tous les cas, il perdait sa cause : « *qui cadit a syllaba, cadit a tota causa.* » Sans avoir lu Gaius, les juristes normands avaient su trouver, eux aussi, cette devise du formalisme. Et pour rendre ces erreurs de formule encore plus inévitables au vulgaire, on avait imaginé de prescrire, pour toute la procédure, l'emploi de langues étrangères, du latin pour les writs, du français pour les plaidoiries, deux langues également ignorées du bas peuple. Aussi le droit était-il devenu un mystère impénétrable au profane; le sanctuaire de la justice n'était plus qu'un antre ténébreux où l'équité trébuchait à chaque pas dans les entraves que le formalisme avait tendues. Tel est le langage des écrivains anglais[3]. Cicéron, faisant la satire de

[1] Wilh. Malmesbury, *de gest. reb. angl.*, l. V (Saville, *Rer. angl. scriptores*, Francof., 1601).

[2] « The assise could not proceed, dit Reeves (*Hist. of the english law*, t. I, p. 333; cpr. p. 461, et t. III, p. 471), if there was an error in the name, or in the cognomen..., even if the error was in a syllable, as *Henry de Brocheton* for *Henry de Bracton;* — nay, even in a letter, as *de Bracthon* for *de Bracton;* — again, in a name of dignity, as *Henry de Bracton præcentor*, when he was *decanus;* ... so, of a thing, as *vineam* for *ecclesiam*, etc. »

[3] « By transacting all law proceedings in the norman language, (the clerks) mo-

l'ancienne jurisprudence romaine, ne parlait pas autrement.

Le même formalisme captieux présidait à toutes les transactions civiles, et pour qui n'était pas docte clerc ou puissant baron, il n'y avait pas moins de difficultés et de périls à contracter à l'amiable qu'à porter sa cause aux tribunaux. Ce n'était point la foi promise qui liait les parties et formait le contrat, c'était un *deed*, un acte sur parchemin, revêtu du sceau seigneurial, hérissé de formules compliquées et subtiles, que l'on ne manquait pas, pour le rendre plus impénétrable encore, de rédiger en langue française ou latine. Mais tout cela n'était rien encore au prix des difficultés que rencontrait celui qui voulait acheter ou vendre : toutes les parties du sol anglais étant pour ainsi dire enlacées dans un réseau de servitudes féodales, nul ne pouvait acquérir sans passer par les formalités de l'hommage, de l'investiture, des *attornances*, et nul ne pouvait aliéner la moindre parcelle de son bien sans obtenir le consentement de ses vassaux, de ses héritiers présomptifs, de son seigneur immédiat, de son seigneur suzerain, enfin du roi, suzerain général de toutes les terres du royaume[1].

Il semble que, après avoir longtemps gémi sous des institutions civiles si oppressives, le peuple, une fois en possession de la liberté politique, aurait dû n'avoir rien de plus pressé que de les renverser de fond en comble. Mais tel n'est pas le caractère du peuple anglais : il a corrigé et complété sa vieille loi, mais il n'a eu garde de la détruire. Cette loi si dure et imposée d'abord par des tyrans a été dans la suite l'objet de plus de respect et même de plus d'amour que n'ont su en inspirer ailleurs les lois les plus douces et les plus librement acceptées. Le régime féodal établi par la conquête normande est resté en quelque sorte la loi des XII Tables de l'Angleterre : c'est sur cet antique fondement

nopolized the keys of the lock of justice. » J. Parkes, *History of the court of Chancery*, ch. II, p. 20. — « ... The law, which, by this time, was become a very sublime mystery, very intricate and involved. » Brady, *Preface to the Norman history*, t. I, p. 154.

[1] Blackstone et Stephen, bk. II, pt. 1, ch. 15. Dès le règne d'Henri III, on commença à se relâcher de cette rigueur.

que s'est élevé, lentement et par assises successives, l'édifice de la législation britannique, et quoique chaque siècle soit venu, pour ainsi dire, apporter sa pierre à ce vaste monument, il a conservé, dans son ensemble, une majestueuse unité. Malgré bien des changements et des progrès, la loi anglaise a retenu jusqu'à ce jour le caractère essentiel qui l'a distinguée dès l'origine, le formalisme. En Angleterre comme à Rome, la constitution politique est devenue libérale, mais la loi civile est restée formaliste; dans les deux pays, ce même formalisme inflexible qui avait été un puissant instrument d'oppression, est devenu une ferme garantie d'indépendance : la place forte où s'était retranchée la tyrannie est tombée au pouvoir du peuple, qui en a fait le rempart inexpugnable de ses libertés.

Aussi, combien sont discrets et timides les premiers essais de réforme tentés par le parlement et les légistes! On n'ose porter atteinte au principe fondamental du formalisme, la nécessité d'un writ spécial pour chaque action, d'une loi spéciale pour chaque writ. Pour élargir ce cercle infranchissable, on a recours d'abord à des fictions : par une collusion dont les juges eux-mêmes se font les complices, les parties se placent fictivement dans l'hypothèse prévue par le writ, quand elles ne s'y trouvent point en réalité. Bientôt la foi fait un pas plus décisif : par un statut demeuré célèbre, elle donne aux clercs de la chancellerie le pouvoir de construire de nouvelles formules de writs pour tous les cas qui présenteront une exacte analogie avec les cas spéciaux déjà prévus par les anciennes formules[1]; de là, d'abord, des writs *in consimili casu*, qui, calqués sur l'ancien writ, n'en diffèrent que par quelques mots ou quelques lettres de plus ou de moins[2]; de là, plus tard, et à mesure que la jurisprudence s'enhardit, des writs *on the case*, qui, brisant les cadres de la formule légale, rempla-

[1] « Quod in uno casu reperitur *breve* (*writ*), et in consimili casu, simili indigente remedio, non reperitur... » 2e st. de Westminster, c. 24.

[2] Par exemple, un singulier à la place d'un pluriel, ou *vice versa*. Reeves, t. II, p. 202 et suiv. (2e éd.).

cent les paroles consacrées par la description des faits particuliers du procès[1]. Ainsi, tout comme dans la procédure romaine, l'on voit naître et grandir une à une, en dehors du cercle trop étroit des actions civiles, l'action feinte, l'action *utile*, l'action *in factum*[2].

Enfin une innovation plus hardie vient clore cette première série de réformes et ouvrir des voies nouvelles au progrès de la jurisprudence : du droit d'octroyer ou de refuser des writs pour les cas nouveaux et d'ouvrir ou de fermer ainsi les portes de la justice, au droit de connaître soi-même de ces cas nouveaux et de les juger, il n'y avait qu'un pas; et ce dernier pas, le chancelier, soutenu et poussé par le pouvoir royal, réussit à le franchir. Parfois, lorsqu'un plaideur avait pour lui l'équité et contre lui le texte légal, le chancelier, au lieu de le renvoyer avec un writ devant des juges trop esclaves du texte, retenait lui-même la cause et la tranchait au nom du roi suivant l'équité. Ces cas, d'abord exceptionnels et fort rares, devinrent peu à peu plus fréquents, et à la longue la chancellerie constitua, à côté des anciennes cours du royaume et en opposition avec elles, une juridiction nouvelle, une cour d'*équité*.

Entre ces deux juridictions rivales, tout diffère, car elles obéissent à deux tendances opposées : le chancelier, homme du clergé et organe du roi, est, à ce double titre, zélé sectateur des lois romaines et canoniques; les anciennes cours, où siège une noblesse indépendante et fière, défendent leur

[1] « Vouloir appliquer un même writ général à tous les cas, disait à ce sujet un vieil auteur (Lambard, *Archeionomia*, p. 78, éd. 1635), c'est vouloir faire entrer tous les pieds dans le même soulier ou toutes les mains dans le même gant » (to make all shoes by one last or to cut one glove for all hands). Le writ *on the case* était fait pour l'espèce, et, en quelque sorte, taillé sur mesure.

[2] On en a un exemple dans les développements successifs de l'action *of trespass* (pour dommage). 1° Action *civile of trespass* : il faut, pour cette action, qu'il y ait dommage *vi et armis*. 2° Action *feinte* : pour ne rien changer à la formule du writ, on *suppose* qu'il y a eu violence armée, bien qu'il n'y ait eu en réalité que simple dommage. 3° Action *in consimili casu* (*utile*) : donnée pour le simple dommage, pourvu qu'il soit *matériel*. 4° Action *on the case* (*in factum*) : donnée pour toute sorte de dommage, matériel ou moral.

vieille loi féodale contre les entreprises du pouvoir royal et de l'esprit novateur. A ce dualisme dans la jurisprudence correspond, toujours comme dans l'ancien droit romain, un dualisme tranché dans toutes les institutions civiles. Chaque institution se dédouble en quelque sorte et revêt deux formes distinctes et contradictoires, l'une *légale*, l'autre *équitable*. A côté du domaine légal sur lequel pèsent toutes les charges féodales, c'est le domaine équitable qui, dégagé des liens féodaux, s'aliène et se transfère par l'effet du simple consentement[1]. A côté de l'ancienne tutelle féodale qui ruinait le pupille pour enrichir le seigneur, c'est la tutelle équitable qui n'a en vue que le bien du pupille. A côté des rapports conjugaux de droit strict, où la personnalité de la femme est absorbée par celle du mari, ce sont les rapports conjugaux d'équité, où la femme conserve sa personnalité distincte et peut contracter avec le mari ou plaider contre lui. Enfin, à côté de la procédure légale, où règne le plus strict formalisme, c'est la procédure d'équité, où la bonne foi préside et d'où toutes les formules sont bannies[2].

Quelque bizarre qu'il nous paraisse, ce dualisme n'est point propre à la législation anglaise : nous l'avons signalé dans la loi romaine, et il est sans doute inhérent à toute législation à la fois formaliste et progressive. A Westminster

[1] Blackstone et Stephen (t. IV, p. 36) nous expliquent comment les cours d'équité sont arrivées à admettre le transfert de la propriété par le seul consentement. « For a fiction is established in equity, that what ought to be done, shall be considered as being actually done, and shall relate back to the time when it ought to have been done originally. » — Il faut reconnaître que, en ce point, les clercs de la chancellerie anglaise avaient dépassé, par la hardiesse de leur logique, les jurisconsultes romains eux-mêmes.

[2] Je pourrais multiplier ces oppositions, qui toutes ont leurs analogies dans la loi romaine. Le *common law* ne reconnaît pas le transfert des créances et ne permet au cessionnaire d'agir que comme mandataire du cédant; il ne permet pas d'attaquer un contrat pour dol ni pour violence; il ne condamne pas le défendeur à la restitution spécifique, mais seulement à l'*æstimatio litis;* il considère le gage comme la propriété, non du débiteur, mais du créancier. Les cours d'équité, au contraire, admettent le transport direct des créances, restituent contre le dol, la violence et l'erreur, exigent la restitution spécifique, et conservent au débiteur la propriété du gage. — Blackstone et Stephen, bk. II, pt. I, ch. 16; pt. II, ch. 4; bk. V, ch. 14; Reeves, t. III, p. 384 et suiv.

comme au Forum, le droit strict et le droit d'équité se sont trouvés en présence et sont entrés en lutte. Mais à Rome le même magistrat, administrant à la fois le *jus civile* et le *jus gentium*, a pu faire rentrer chacun de ces droits dans ses limites et pacifier tous leurs conflits. Chez les Anglais au contraire, au *common law* et au droit d'équité correspondaient deux magistratures séparées et indépendantes : ce n'est plus seulement entre deux principes opposés, c'est entre deux pouvoirs rivaux que s'est engagé le combat; aussi la lutte a-t-elle été bien plus violente, et a-t-elle ébranlé un instant tout l'équilibre des pouvoirs publics [1].

Comment l'Angleterre a-t-elle mis fin à cet antagonisme? Est-ce en supprimant l'un des deux principes ennemis? Ce procédé radical n'est pas dans les habitudes de la nation anglaise. Elle a laissé grandir côte à côte le *common law* et le droit d'équité, et ces deux droits, ainsi en contact, ont fini par adhérer l'un à l'autre et n'être plus que deux parties inséparables d'un même tout. L'équité s'est peu à peu modelée sur la loi commune : depuis la réforme religieuse du XVII[e] siècle, les sceaux de la chancellerie ont été retirés des mains du clergé et confiés à des laïques [2], qui, animés de l'esprit national, ont communiqué à la jurisprudence d'équité la précision rigoureuse, sinon le formalisme étroit, de l'ancienne jurisprudence, et ont fait prévaloir le principe que « l'équité doit suivre la loi [3]. » En même temps, le *common law* de son côté devenait peu à peu plus équitable grâce aux corrections qu'y apportaient chaque année les statuts du parlement. Ce droit statutaire, dont nous n'avons pas encore parlé, représente un troisième élément constitutif dans l'ensemble de la législation anglaise. Il occupe dans cette législation à peu près la même place que les édits des Césars dans le corps des lois romaines. Placé comme une sorte de médiateur entre le *common law* et l'équité et les

[1] J. Parkes, *History of the court of Chancery*, Londres, 1828, ch. 4 et suiv.

[2] Depuis 1592, il n'y a plus eu que des chanceliers laïques.

[3] « *Æquitas sequitur legem*, equity follow the law. » Blackstone, bk. II, pt. I, ch. 9.

pondérant l'un par l'autre, il a maintenu dans tout le système l'équilibre et l'harmonie. L'indication sommaire des principales réformes qu'il a introduites va compléter cet aperçu général sur la formation de la loi anglaise.

Le droit statutaire a progressé toujours du même pas que le *common law* et la jurisprudence : sa marche, d'abord timide et lente, est devenue de siècle en siècle plus ferme et plus rapide. Pour porter le premier coup à l'antique formalisme judiciaire, il fallut la main puissante d'Édouard III : il commença par établir qu'une légère inexactitude dans le writ, telle qu'une faute d'orthographe, une lettre ou une syllabe de plus ou de moins, n'entraînerait plus la perte du procès, pourvu toutefois qu'elle eût été commise par le rédacteur du writ et non pas par la partie elle-même[1]. Dans un second statut, « considérant que les plaidoiries et jugements ont lieu en une langue étrangère et inconnue du peuple, en sorte que les parties ne peuvent entendre ce que disent leurs juges et leurs avocats, » il autorise, pour les débats oraux, l'usage de la langue commune, et n'exige plus le latin que pour les actes écrits, c'est-à-dire les writs et les *records*[2]. Enfin le célèbre édit *de mercatoribus* qui permet aux créanciers d'un marchand de saisir et de vendre les fiefs dont il est tenancier[3], ouvre la série de ces nombreuses réformes qui, dictées par le génie du commerce, ont rompu un à un tous les liens féodaux qui retenaient la propriété captive et ont répandu dans toutes les transactions civiles la liberté, le mouvement et la vie.

Dans ces quelques statuts se résument tous les progrès de la législation civile au moyen âge. Mais quand plus tard les cours d'équité eurent affermi leur juridiction et s'enhardirent à passer par-dessus les étroites barrières de l'an-

[1] Reeves, t. II, p. 448 : « It was enacted by stat. 14, Edw. III, that by the misprision of a clerck,... by mistaking, in writing, one syllable, or one letter, too much or too little, no process should be annuled. »

[2] St. 36, Edw. III, c. 15. Le vieux français est néanmoins resté la langue légale : « Omnia vocabula quæ *vocabula artis* dicuntur, quibusque hodie in foro Angli utuntur, gallica sunt. » Craig, *Jus feud.*, Edimb., 1732, l. I, d. 7.

[3] Il est dû à Édouard Ier (st. 13, Edw. I, c. 18).

cienne loi, les parlements les suivirent, quoique à distance, dans ces voies nouvelles. Lorsqu'une innovation avait longtemps été expérimentée par la jurisprudence d'équité, qu'elle avait ainsi peu à peu pénétré dans les mœurs, qu'elle s'était fait une place dans le droit coutumier du pays, le parlement lui ouvrait enfin l'enceinte légale et la convertissait en statut. C'est ainsi que la plupart des institutions équitables que j'indiquais tout à l'heure se sont trouvées peu à peu transformées en institutions légales[1], Sous Henri VIII, le domaine d'équité est érigé en domaine de droit, en propriété pleine et entière[2]. Sous George II, l'exception d'équité résultant de la compensation devient un mode d'extinction de la créance. Sous George IV, la veuve est investie de la puissance maternelle. Sous Guillaume IV, la femme mariée acquiert cette personnalité distincte que les cours d'équité lui avaient toujours reconnue, et devient capable d'agir avec la simple autorisation de son mari. Enfin divers statuts de Guillaume IV et de la reine Victoria suppriment les writs et les fictions d'autrefois, simplifient la marche des plaidoiries, et ramènent en grande partie la procédure ordinaire aux formes simples et faciles de la procédure des cours d'équité[3].

Ainsi, de règne en règne, les réformes législatives deviennent plus larges et plus profondes. Aujourd'hui l'on ne se borne plus à restaurer et à réparer dans ses détails le vieil édifice; on songe à le reconstruire tout entier sur un plan nouveau. Déjà cette grande œuvre est commencée : en 1852 et 1860, le parlement a réorganisé toute la procédure civile; en 1861, le parlement a codifié en six statuts

[1] Parfois, mais beaucoup plus rarement, c'est le statut qui a donné le signal d'une réforme que les cours d'équité ont ensuite appliquée et étendue. Ainsi le statut de Charles II (st. 12, Car. II, c. 24) qui abolit la tutelle seigneuriale et institue la tutelle testamentaire, a donné plus tard occasion à la chancellerie d'établir la tutelle d'équité.

[2] Sous certaines conditions et limitations. St. 27, Hen. VIII, c. 10.

[3] St. 8, Geo. II, c. 24; st. 4, Geo. IV, c. 76 (Marriage act.); st. 3, 4, Will. IV, c. 74; st. 3, 4, Will. IV, c. 42, s. 13; st. 15, 16, Vict., c. 76; st. 23, 24, Vict., c. 126. — *Voyez *Judicature acts* de 1873 et 1875 (*Annuaires de la Société de législation comparée*, années 1874, 1876).

la législation criminelle; à l'heure qu'il est, on agite le projet de faire un code ou un digeste des lois civiles[1]. Le droit anglais devient moderne et se dépouille de ces vêtements d'un autre âge dont les formes surannées et bizarres faisaient l'étonnement de l'étranger. Il y a peu d'années encore, le voyageur qui passait le détroit eût pu assister, dans les antiques salles de Westminster ou dans quelque manoir féodal, au curieux spectacle d'une procédure du moyen âge : il eût pu voir, comme au temps de l'heptarchie saxonne, l'accusé, assisté de ses onze *conjuratores,* purger l'accusation par leur serment[2]; il eût pu voir, comme au XI^e^ siècle, le tenancier à genoux recevoir, avec la baguette seigneuriale, l'investiture de son champ[3]. Au commencement de ce siècle, l'Angleterre était encore restée, comme on le disait alors, « l'Herculanum de la féodalité. » Aujourd'hui, l'Angleterre, comme la Scandinavie, entre à pleines voiles dans le courant des idées modernes, et de toutes ses institutions originales d'autrefois, la seule qu'à coup sûr elle ne laissera point périr, c'est celle que Blackstone appelait si bien « le boulevard des libertés gothiques, » c'est son jury populaire et souverain.

II.

C'est avant tout dans le régime féodal, première base de toutes les institutions anglaises, qu'il faut chercher les

[1] St. 23, 24, Vict., c. 126 (Common law procedure act); st. 24, 25, Vict. (Criminal law consolidation and amendment acts). Le message royal de 1865 annonçait, dans le programme des travaux du parlement, « bills for the concentration of the courts of law and equity, and for the complete revision of the statute law, » et exprimait l'espoir que ces réformes « may be a step towards the formation of a digest of the laws. » Voy. le *Times* des 8 et 9 février 1865. — A l'heure où j'écris ces lignes, une commission vient d'être nommée par la Reine, « to inquire into the expediency of a digest of law, and the best means of accomplishing that digest. » Voy. le *Solicitor's Journal* du 1^er^ décembre 1866.

[2] Le dernier exemple connu de *wager of law* est de 1824.

[3] Ce n'est qu'en 1853 qu'une commission fut établie, devant laquelle le *copyholder* put requérir son *enfranchisement.*

principes qui règlent la condition de la femme en Angleterre. La féodalité, de sa nature, est un régime militaire, et ce caractère n'a jamais mieux éclaté que dans la constitution féodale imposée aux Anglais par les monarques normands. La noblesse normande, encore mal assurée de sa conquête, s'était campée dans l'île anglo-saxonne comme une armée en pays ennemi. Guillaume le Conquérant, rassemblant un jour dans les plaines de Sarum tous les propriétaires et tenanciers de son royaume, avait reçu d'eux le serment de foi et hommage et la promesse « de se tenir toujours prêts à combattre pour lui, à pied et à cheval, à raison de leurs domaines et de leurs tenures [1]. » Dès ce jour, toutes les terres libres du territoire anglais se trouvèrent converties en fiefs militaires; aux hommes d'armes seuls fut réservée la possession du sol, et à la possession du sol furent attachés tous les honneurs et tous les droits.

Sous un pareil régime, tout comme dans les coutumes barbares de la Germanie primitive, il ne pouvait y avoir de propriété ni de droit que pour qui maniait l'épée, et la femme se trouvait vouée à une incapacité perpétuelle. La loi féodale, dans sa rigueur première, la privait de toute part dans les successions [2]. Plus tard, il est vrai, on l'admit à succéder à défaut d'héritiers mâles [3]; mais si elle put dès lors devenir titulaire d'un fief, elle demeura toujours incapable, soit d'en remplir les charges, soit d'en recueillir les profits. Il lui fallait un représentant, tuteur ou mari, qui tînt le fief pour elle et fît pour elle le service militaire; et comme le seigneur avait le droit de choisir ses chevaliers et ses hommes d'armes, ce fut le seigneur qui disposa à son gré de la main de sa vassale. La vassale, fille ou veuve, ne pouvait ni se donner un mari de son choix, ni refuser le

[1] « Omnes comites, et barones, et milites, et servientes, et universi liberi homines totius regni nostri prædicti, habeant et teneant se semper bene in armis et in equis, ut decet et oportet,... secundum quod nobis debent de feodis et tenementis suis de jure facere. » Eadmer, *Historiæ novorum*, Londres, 1623, p. 191.

[2] Consuet. feudor., II, 11. Cpr. *infra*, lib. IV, ch. 1, § 2.

[3] Glanville, VII, 1 : « Mulier nunquam *cum masculo* partem capit in hereditate aliqua. »

mari que son seigneur choisissait pour elle. La main de toute femme noble était pour le suzerain une marchandise qu'il mettait aux enchères et vendait au plus offrant[1]. Il ne fallut rien moins que la Grande Charte pour imposer un frein à de tels abus et permettre du moins à la fille de refuser un mari indigne d'elle, et à la veuve de demeurer dans le veuvage[2].

Mais la féodalité perdit enfin ce caractère militaire, les institutions chevaleresques disparurent peu à peu et la révolution sociale accomplie sous les Stuarts en emporta les derniers débris. Dès lors ce ne fut plus en un service personnel que consistèrent les charges féodales, les droits du seigneur ne portèrent plus sur la personne du tenancier, mais seulement sur le sol inféodé. La femme se trouva ainsi naturellement affranchie de la tutelle seigneuriale; elle n'eut pas d'autres maîtres que son père ou son mari, et de son incapacité perpétuelle d'autrefois il ne resta qu'une incapacité temporaire qui commençait et finissait avec le mariage. Mais, dans ces limites restreintes, l'incapacité de la femme conserva et a retenu jusqu'à nos jours la rude et profonde empreinte de la loi féodale : aujourd'hui encore, tandis que la femme libre jouit en Angleterre de la même capacité que l'homme, l'incapacité de la femme mariée rappelle, par sa rigueur, la dureté des temps féodaux ou germaniques. Recherchons quels sont les caractères propres de cette incapacité, soit d'après le *common law,* soit d'après l'équité et les statuts.

I. Dans le mariage anglais, comme dans la *manus* romaine, la femme perd toute personnalité civile. Le *common law,* comme l'ancien *jus quiritium,* voit dans les conjoints non pas deux personnes, mais une seule, et cette personne

[1] « The disposal of the heir in marriage, dit Reeves (t. I, p. 288), might be sold to the best purchaser, like the fruits and profits of the lands. » — Glanville, VII, 11, 12.

[2] Magna Charta, c. 3 : « Ita maritentur ne disparagentur, et per consilium propinquorum de consanguinitate sua. » — Les droits du seigneur furent encore restreints par les statuts de Merton et de Westminster. Briton, III, 3 (ed. Nichols, Oxford, 1865, t. II, p. 24).

c'est le mari[1]. Il en résulte qu'un mari ne peut vendre à sa femme ni lui acheter, s'obliger envers elle ni l'obliger envers lui, l'assigner en justice ni être assigné par elle : car, sa femme et lui n'étant qu'une même personne, ce serait comme s'il se vendait à lui-même, s'il s'obligeait envers lui-même, s'il plaidait contre lui-même. Il résulte encore de ce principe que, lorsque deux personnes se marient, tous les rapports de droit qui pouvaient exister entre elles se trouvent éteints par confusion[2].

Le mari seul peut agir, ce qui ne veut pas dire cependant qu'il puisse tout faire. Ainsi il peut punir et châtier sa femme, mais à condition, disent les juristes, de se renfermer dans des bornes raisonnables[3]. Il est saisi, par l'effet du mariage, de tout le patrimoine de sa femme[4], et peut disposer des meubles à son gré[5]; mais il est tenu de conserver les immeubles et de les rendre; il ne peut ni les aliéner, ni les mettre en gage, ni concéder sur eux aucun droit perpétuel; et quant aux droits temporaires qu'il pourrait consentir, en donnant ces biens en usufruit ou à ferme, ils s'éteindront dès que le mariage sera dissous[6].

La femme, au contraire, ne peut jamais agir; tout acte juridique, petit ou grand, lui est également impossible : car la loi la considère comme destituée de toute volonté propre et incapable de vouloir autre chose que ce que veut son mari. Il en résulte en premier lieu que les actes consentis par les deux époux réunis ne sauraient avoir ni plus

[1] Bracton, lib. V, tract. 5, cap. 25 : « Vir et uxor sunt quasi unica persona, quasi caro una et sanguis unus. » — Littleton, liv. II, sect. 168 : « Sa feme et luy ne sont fors que un person en ley. » — Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*, p. 276.

[2] De même qu'en droit romain, cette confusion ne s'applique qu'aux rapports de droit, non aux rapports de fait : « If he who hath the reversion in fee, marries the tenant for years, there is no merger (confusion); for he hath the inheritance in his own right, the lease in the right of his wife. » Blackstone et Stephen, t. I, p. 304.

[3] « Ex causa regiminis et castigationis uxoris suæ, licite et rationabiliter. » Moore's Reports, 874.

[4] « Omnia quæ sunt uxoris, sunt ipsius viri. » Bracton, II, 15.

[5] Cpr. Blackstone et Stephen, bk. III, ch. 2.

[6] Bracton, II, 15; Littleton, II, 168.

ni moins d'efficacité que ceux consentis par le mari seul, et que l'assistance ou l'absence de la femme, même dans les affaires qui la concernent le plus directement, est tout à fait indifférente[1] : ainsi l'aliénation ou le bail à ferme d'un immeuble de la femme n'en est pas moins annulable, bien que la femme ait donné au contrat son assentiment ou son concours. Une conséquence bien plus bizarre du principe que la femme mariée n'a pas de volonté, c'est que toutes les fois qu'une femme commet un délit en présence de son mari, ce délit est censé l'acte du mari et non celui de la femme. C'est ici qu'apparaît dans tout son jour le caractère exceptionnel de la puissance maritale : car un serviteur ou un fils en puissance paternelle répond lui-même de son délit au lieu que la femme agissant à l'instigation ou seulement en la présence de son mari n'est point responsable et n'est point punie : elle n'a été qu'un instrument passif dans la perpétration du délit, le mari seul en est l'auteur. Que si c'est le mari lui-même qui soit victime du délit commis par la femme, si par exemple son épouse l'a abandonné pour suivre un séducteur, il n'a d'action civile que contre le séducteur, non contre la femme : cette action est la même qu'il pourrait intenter contre quiconque lui aurait enlevé ou dégradé son bien[2]. Peu importe d'ailleurs que la femme ait été enlevée par séduction ou par violence : c'est toujours le writ de *uxore rapta et abducta* qui sera donné au mari; car, aux yeux de la loi, la femme étant incapable de rien vouloir, si elle est enlevée, ce ne peut être que malgré elle et par violence[3].

[1] Si quelques anciennes chartes d'inféodation mentionnent le consentement de la femme à l'acte du mari (Madox, *Formul. anglic.*, 148), ce n'est là qu'une renonciation de la femme à son douaire.

[2] Action *of trespass*. Remarquez que cette action n'est point donnée pour le dommage moral (le dommage moral ne peut donner lieu qu'à une action *on the case*), mais pour le dommage matériel causé au mari. — Le mari a encore cette même action *of trespass* (en son nom personnel) si l'on a blessé ou frappé sa femme. Blackstone et Stephen, bk. V, ch. 8, n. 4.

[3] « Abduction, dit Blackstone (bk. V, ch. 8), may be either by fraud and persuasion, or open violence; though the law, in both cases, supposes force and constraint, the wife having no power to consent. »

Avec un tel système, on le comprend, il ne saurait être question, comme dans notre droit, d'*autorisation maritale*[1]. Si la femme anglaise peut agir, ce n'est point avec l'autorisation de son mari, c'est par son ordre, comme sa mandataire, ou plutôt comme l'instrument dont il se sert : cet ordre ou ce mandat se présume parfois, et voilà comment la jurisprudence peut confirmer tous les actes juridiques que fait la femme pour l'entretien journalier du ménage; ils sont censés faits par le mari. Là où ce mandat ne peut se supposer l'acte est absolument nul : c'est ainsi que la femme est incapable de faire aucune disposition testamentaire[2].

II. Les principes que je viens d'exposer règnent encore aujourd'hui. Mais on peut dire d'eux ce qu'on a dit de certains monarques : ils règnent, mais ne gouvernent pas; en fait, on peut toujours échapper à leur application, grâce aux innovations ingénieuses introduites par les cours d'équité ou par les statuts.

Ici comme dans toutes les branches de la législation anglaise, on a eu d'abord recours aux fictions juridiques. Le *common law* interdisait l'aliénation des biens de la femme, fût-elle voulue par les deux époux; pour rendre cette aliénation possible, on usa d'une fiction dont l'invention est due à l'esprit subtil du clergé. Celui qui voulait acheter ou prendre à ferme le fonds dotal, au lieu de contracter ouvertement avec les époux, les attaquait en justice et soutenait contre eux, ou qu'il était lui-même propriétaire du fonds, ou que ce fonds appartenait à un tiers qui le lui avait cédé à ferme. Les époux se défendaient mal, étaient condamnés, et, comme la sentence avait contre eux autorité de chose jugée, le droit de l'acheteur ou du fermier se trouvait garanti contre toute attaque de leur part. Je n'ai pas besoin de dire que les juges n'étaient point les dupes, mais les complices de cette feinte.

[1] Le mari n'assiste pas la femme, il agit pour elle. Reeves, t. II, p. 331; Blackstone et Stephen, bk. V, ch. 12.

[2] Glanville, L. VII, c. 5 § 3. Pour les restrictions que reçoit cette règle, voy. Blackstone et Stephen, t. II, p. 189. Le testament fait par une fille se trouve révoqué par son mariage : le mariage anglais, comme la *conventio in manum* romaine, est une sorte de *capitis minutio*.

Aussi ne rendaient-ils leur sentence qu'après avoir pris certaines précautions dans l'intérêt de la femme : ils la faisaient comparaître devant eux, seule et séparée de son mari, et cherchaient à découvrir, en l'interrogeant, si elle consentait à l'aliénation de son plein gré, ou si elle ne faisait qu'obéir à l'influence maritale.

Une fois que la jurisprudence et l'usage eurent consacré cette forme détournée d'aliénation, il ne restait plus qu'à mettre de côté une fiction vaine pour arriver au principe moderne qui reconnaît à la femme une volonté et une personnalité distinctes de celles de son mari. C'est ce que firent les statuts : un premier statut de Henri VIII permit au mari d'affermer les biens dotaux avec le consentement de sa femme ; plus récemment un statut de Guillaume IV a conféré au mari le droit de vendre ou d'échanger les biens dotaux sous la même condition. Tout ce qui reste de la procédure d'autrefois, c'est que la justice doit toujours intervenir pour s'assurer, en interrogeant la femme, que son consentement est volontaire et spontané [1]. Première et notable dérogation aux principes du *common law :* la femme a désormais une volonté propre, une part d'influence et d'autorité ; elle peut, à son gré, aider le mari ou lui faire obstacle, en lui accordant ou lui refusant son concours.

Les anciens principes reçurent une atteinte plus profonde encore par l'introduction du domaine *équitable.* J'ai déjà dit un mot de cette institution ingénieuse, qui, comme les fictions dont je parlais tout à l'heure, est due à l'invention du clergé : privé par les *Statuts de main morte* du droit de posséder des terres, il imagina de les posséder sous le nom d'un tiers ; les ventes ou donations d'immeubles, au lieu d'être faites ouvertement à l'Église, étaient faites à quelque ami pieux, qui s'engageait, sur sa foi, à laisser l'Église jouir perpétuellement à sa place. C'était une espèce de fidéicommis, que le chancelier, à l'exemple du préteur fidéicommissaire des Romains, couvrit d'une protection que lui déniait la loi

[1] St. 3, 4, Will. IV, c. 74.

civile. Ce fidéicommis avait pour effet de dédoubler en quelque sorte la propriété et de la décomposer en un domaine nominal et un domaine utile : car la personne grevée du fidéicommis, le *trustee,* avait seule le titre de propriétaire et était considérée comme seule propriétaire par les cours de *common law,* au lieu que le fidéicommissaire (*cestuy que trust* ou *cestuy que use*) était tenu pour seul propriétaire par les cours d'équité. Et comme les cours d'équité surent étendre leurs pouvoirs jusqu'à rescinder les décisions des cours de *common law,* il s'ensuivit que le droit du *trustee* se réduisit à un vain titre et à une sorte de *nudum jus quiritium,* tandis que le droit de *cestuy que use* réunissait tous les avantages d'une propriété véritable. Il était même, à certains égards plus avantageux encore : car la propriété véritable avait été organisée par une loi dure et formaliste, et ce n'est qu'à grand'peine et par des procédures difficiles et coûteuses qu'on pouvait l'acquérir, la réclamer en justice, la grever de charges, l'aliéner; au contraire le domaine équitable ou *use,* établi sur les principes de l'équité et de la loi naturelle, pouvait, en général[1], s'aliéner, s'engager et s'acquérir par le simple consentement[2].

Aussi les laïques ne laissèrent-ils pas longtemps au clergé le monopole d'une institution aussi commode. A mesure que l'Angleterre cessa d'être féodale pour devenir commerçante et que l'on rechercha dans la propriété foncière le produit et la richesse plutôt que le titre et les honneurs, les *uses* devinrent de plus en plus fréquents. Les femmes, en particulier, que l'ancienne propriété féodale retenait dans la dépendance du seigneur, recherchèrent avec empressement cette propriété nouvelle. Or, si une femme qui possédait un *use* venait à se marier, cet *use,* n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi civile, ne pouvait tomber sous l'application de cette loi, qui saisissait le mari de tous les biens appartenant à la femme; l'*use* restait sous l'empire des cours d'équité,

[1] Le *statute of frauds* exige toutefois un écrit. St. 29, Car. II, c. 3; st. 8, 9, Vict., c. 106, s. 3.

[2] Voy. *supra,* p. 244, note 1.

qui, conformément à l'équité et à la raison, reconnaissaient à la femme mariée, avec une personnalité distincte, la capacité de posséder des biens en propre. La question de savoir si la jouissance de l'*use* passait au mari ou restait à la femme, devait donc se résoudre suivant l'équité, et ne dépendait en conséquence que de l'intention des parties. Sans doute, dans le silence du contrat de mariage, les cours d'équité attribuaient l'*use* au mari, par application du principe « equity follows the law; » mais la femme pouvait fort bien stipuler dans le contrat que la jouissance de son *use* lui resterait propre. De même les parents qui, en mariant leur fille, voulaient lui faire une donation, pouvaient fort bien réserver à leur fille et soustraire à leur gendre la jouissance des biens donnés, soit en confiant ces biens à un tiers qui servait de *trustee,* soit en choisissant pour *trustee* le mari lui-même. En un mot, les parties pouvaient à leur gré, comme en droit romain, rendre les immeubles de la femme dotaux ou paraphernaux[1], et établir même entre les deux époux une complète séparation de biens.

Dès lors le mariage n'a plus été pour la femme le sacrifice de sa personnalité et de son indépendance : l'épouse a son patrimoine et ses intérêts indépendants de ceux de l'époux, elle peut administrer ses biens et même en disposer sans autorisation maritale, elle peut traiter avec le mari sur un pied d'égalité, lui faire des donations ou en recevoir de lui, contracter avec lui, plaider contre lui. Rien n'empêche, en particulier, qu'elle ne se porte valablement caution pour la dette personnelle du mari, en obligeant à cette dette les biens dont elle a la jouissance séparée[2].

Cet exposé serait incomplet si, après avoir parlé de l'incapacité de la femme mariée, je ne disais pas un mot d'un privilège établi en sa faveur dès l'origine des lois anglaises. Je veux parler du *douaire* qui, conférant à la femme un droit

[1] « To her sole and separate use, her separate maintenance. »

[2] Blackstone et Stephen, t. II, p. 277, note *c;* p. 268, note *i*. Toutes ces innovations ont été introduites par les cours d'équité, régularisées et parfois étendues par les statuts.

sur les biens du mari, corrigeait l'excès de la puissance maritale et rétablissait une sorte d'équilibre entre les droits des époux. Si, en effet, la loi germanique et féodale investissait le mari, en propriété ou en jouissance, de tous les biens qu'avait la femme au jour du mariage, cette même loi l'obligeait en revanche à confier à la femme dès le même jour et « devant la porte de l'église » où se célébrait l'union, un droit sur ses propres biens [1]. Dès ce moment, la femme avait, non pas une simple expectative, mais un véritable droit acquis, auquel aucun acte du mari ne pouvait plus porter atteinte. A la dissolution du mariage, elle entrait en jouissance de son douaire. Son droit, il est vrai, n'était que viager : si le douaire portait sur des fiefs, les héritiers du mari conservaient, avec la nue propriété et la seigneurie de ces fiefs, le droit de disposer de la main de la douairière et pouvaient à leur gré l'empêcher de se remarier ou l'y contraindre. Mais la Grande Charte ne tarda pas à abolir ce droit odieux et à rendre à la veuve son indépendance [2].

Tel était le douaire à l'origine. L'on pourrait supposer au premier abord qu'une institution si favorable à la femme n'a fait que se développer à mesure que la capacité de la femme s'est accrue. Il en est tout autrement : le douaire, je l'ai déjà dit, servait de correctif à l'excès de la puissance maritale; une fois que les cours d'équité et les statuts eurent renfermé cette puissance dans de justes limites, il perdit beaucoup de son utilité; et comme d'ailleurs il mettait des entraves au commerce en frappant d'inaliénabilité une partie du patrimoine du mari, la jurisprudence et les statuts cherchèrent à le supprimer dans tous les cas où il cessait d'être nécessaire. Ces cas devinrent de plus en plus nombreux, grâce aux changements introduits dans les mœurs et dans les lois. La fortune mobilière s'accrut par les pro-

[1] Dans le vieux rituel d'York on lit, à la liturgie du mariage : « Sacerdos interroget dotem mulieris; et, si terra ei in dotem detur, tunc dicatur psalmus iste... » — A défaut de constitution, la loi fixait le douaire de la femme à un tiers. Glanville, VI, 1 et 2; Littleton, II, 39. Cpr. *Grand coustumier de Normandie*, ch. 101.

[2] Voy. *suprà*, p. 250.

grès du commerce, et le droit que la loi donnait à la veuve dans la succession mobilière du mari[1] acquit par suite plus d'importance. D'un autre côté, de nouveaux statuts, en permettant au mourant de disposer par testament même de ses immeubles[2], mettaient le mari à même de pourvoir à son gré aux intérêts de sa veuve. Enfin l'introduction des *uses* permit d'assurer à la femme, même pendant le mariage, une fortune indépendante. Dans ces divers cas le douaire n'eut plus de raison d'être et la loi dut autoriser le mari à affranchir son patrimoine d'une charge désormais inutile. Pour y parvenir, dans l'origine, le mari devait recourir à ces fictions que je décrivais tout à l'heure : il se faisait évincer, dans un procès simulé, par celui à qui il voulait transférer son bien. Mais dans la suite les statuts[3], supprimant une fiction puérile, ont permis au mari de priver ouvertement la femme de son douaire, soit en lui assurant un autre avantage[4], soit en vendant ses biens, soit même par une simple déclaration solennelle. Le douaire n'a point été aboli, aujourd'hui encore il subsiste dans son ancienne forme, mais son application devient chaque jour moins fréquente.

Ainsi il en est des institutions féodales qui protégeaient la femme comme de celles qui tendaient à l'asservir. Les unes et les autres règnent encore en théorie ; en fait et dans la pratique, elles ont presque entièrement disparu. Sans doute l'on peut retrouver encore, dans maint détail de la loi moderne, l'empreinte de l'ancienne dureté féodale. La fille est exclue par ses frères de la succession paternelle ; la femme mariée est privée du droit de tester ; la mère, du vivant du père, n'est pas consultée dans le mariage de ses enfants. Mais néanmoins un progrès essentiel s'est accompli : l'incapacité de la femme n'est point, comme dans l'ancienne loi, perpétuelle et inhérente à son sexe ; de même que chez

[1] Glanville, VI, 1 et 2.
[2] St. 32, Hen. VIII, c. 1 ; st. 1, Will. IV ; st. 1, Vict., c. 26.
[3] St. 27, Hen. VIII, c. 10 (sur les *jointures*) ; st. 3, 4, Will. IV, c. 105.
[4] Le plus souvent un don mutuel de survie (*jointure*).

nous, elle n'est plus qu'une conséquence temporaire et accidentelle du pouvoir marital.

---

* La législation anglaise subit de nos jours une transformation profonde, semblable à celle qu'accomplirent pour le droit romain les lois de Justinien. De part et d'autre on en est à ce moment où le dur massif de la vieille loi a été miné depuis des siècles par une jurisprudence d'équité, qui s'est lentement mais sûrement frayé sa voie. Cependant les anciens principes restent à la surface, encombrants et inutiles, dangereux même pour celui qui ne sait ou ne peut employer les détours, par lesquels on les élude. Le législateur se décide alors à faire place nette; il écarte ces débris d'un passé disparu et donne à la doctrine équitable le caractère de vérité légale.

C'est ce qu'ont fait pour les droits des femmes mariées d'abord et partiellement un *act* de 1870, puis pleinement, radicalement un *act* de 1882. Ces lois importantes ont d'ailleurs fait plus que mettre d'accord le droit réel et le droit apparent, elles ont réalisé au profit des femmes mariées, un véritable progrès.

La doctrine des cours d'équité, qui assurait à l'épouse une propriété séparée et propre par la théorie de l'*use* et par l'intervention des *trustees*, avait d'autres vices encore que sa complication. Sans doute le mariage des filles riches donnait toujours lieu à un *settlement*, qui écartant l'application de la *common law*, leur faisait, quant à leur dot, une condition privilégiée; sans doute aussi le donateur ou le testateur, qui gratifiait une femme mariée pouvait faire en sa faveur un semblable *settlement*. Mais ces précautions n'étaient point chose praticable dans la classe inférieure ou moyenne de la société, parmi les ouvriers ou les petits commerçants. La femme qui se marie sans fortune, partout se marie *sans contrat*, comme on dit en France. Pour celle-là, la *common law* livrait toujours à son mari et aux créanciers de son mari ses quelques économies, le produit de son

travail, ce qu'elle pouvait recueillir dans la suite à titre de don, de legs ou d'héritage. En cas de séparation judiciaire seulement (*sentence of judicial separation*) un *act* de 1857 lui rendait la pleine disposition, comme à une *feme sole*, de tous les biens qu'elle pouvait acquérir par la suite : le même *act* permettait à la femme abandonnée par son mari, sans faire prononcer sa séparation, d'obtenir de la justice un *protection order*, qui lui donnait aussi le droit de disposer de tout ce qu'elle acquerrait par la suite tant qu'elle resterait dans la même situation. Mais c'était tout; ici la liberté des conventions n'offrait à la femme aucun secours efficace, il fallait que la loi intervînt directement pour la protéger.

L'*act* de 1870 fit principalement deux choses. De plein droit il rendit à la femme la jouissance et la libre disposition de toute une catégorie de biens par elle acquis au cours du mariage; d'autre part il lui permit, par des procédés simples et commodes, de se réserver au même titre les biens qu'elle possédait au jour de son mariage.

Ce que cette loi soustrait de plein droit à l'action de la *common law*, c'est avant tout, ce que la femme gagne au cours du mariage par son travail ou son industrie séparée[1], par l'exercice de son aptitude littéraire, artistique ou scientifique, et cette disposition s'appliquait même aux femmes mariées avant 1870. L'*act* réserve aussi à l'épouse, comme *separate property*, les *biens réels ou personnels (real property, personal property)* qu'elle recueillera *ab intestat*, et les *biens personnels*, qui lui seront donnés ou légués, pourvu que la valeur du don ou du legs n'excède pas 200 livres : mais ces dispositions ne s'appliquaient qu'aux femmes mariées depuis 1870. Enfin lorsque la femme au moment de son mariage, avait un droit sur des fonds déposés à la Banque d'Angleterre ou à la Banque d'Irlande, ou placés en

[1] « Wages and earnings of any married woman acquired or gained by her in any employment, occupation or trade in which she is engaged or which she carries on separately from her husband, any also any money or property so acquired by the exercice of any litterary, artistic or scientific skill, and all investments of such wages, earnings, money or property. »

consolidés anglais, ou dans une caisse d'Épargne, ou en actions des sociétés de finance, de banque, etc., elle pouvait désormais faire inscrire ces valeurs à son nom propre *comme femme mariée,* et se les constituer ainsi à titre de *separate property :* pour tout autre bien, elle pouvait également le conserver propre en obtenant par écrit le consentement de son mari [1]; il lui était permis de contracter à son profit une assurance sur sa vie et celle de son mari.

L'*act* de 1870 ne renversait pas l'ancien édifice légal. Il soustrayait seulement certains biens de la femme à l'absorption dans le patrimoine du mari, ou de plein droit ou moyennant des formalités peu compliquées. La propriété qu'il créait ainsi au nom de l'épouse, et qu'on appela bientôt ses *propres statutaires (statutory separate property)* était de la même nature à peu près que celle que lui aurait assurée un *use* établi à son profit [2]. Par suite elle en pouvait disposer ou elle pouvait l'engager par contrat aux conditions déterminées par la jurisprudence des cours d'équité.

Pour ces biens la loi permettait à la femme l'action en justice, non-seulement devant les Cours d'Équité mais aussi devant les *Courts of law.* Mais, selon les règles traditionnelles de la chancellerie, elle devait agir non en personne mais par l'intermédiaire d'un ami, « *next friend,* » et faire intervenir son mari au procès, afin qu'il pût défendre ses droits, s'il en prétendait sur ces biens. Pour les mêmes motifs, si la femme était actionnée à raison de sa propriété séparée, il fallait comprendre le mari dans la poursuite, à moins qu'il ne s'agît de dettes anté-nuptiales (sect. XII).

L'act de 1870 était une loi imparfaite : il laissait en-

[1] Sect. XI : « Any property belonging to her before marriage and which her husband shall by writing under his hand have agreed with her, shall belong to her as her separate property. »

[2] « The act of 1870... does make certain property property to her separate use, to that extent carrying with it a power to contract in respect of that property which any married woman previously possessed in a Court of Equity, and it superads to that certain remedies in a Court of law, which is considered desirable to give to the married women in respect of the small sums, but beyond that I think that the Act makes no alteration in the position of the married women. » Per *Jessel* M. R. *Howard. V. Bank et England.*

core, en dehors de toute convention, une place assez large à l'application des anciens principes, et il n'apportait point dans le droit les simplifications désirées. Une retouche y fut faite en 1874, mais assez peu importante pour celui qui cherche surtout à dégager la marche des idées. Selon les anciens principes, par le fait même du mariage, la femme était libérée de ses dettes antérieures, qui tombaient à la charge du mari; cela était logique. Mais la loi de 1870, inaugurant assez largement le régime de la séparation de biens, avait de ce chef restitué aux créanciers l'action contre la femme et libéré le mari de toute obligation. Cependant, soit en vertu des anciennes règles, dans la mesure où elles s'appliquaient encore, soit par le contrat de mariage, le mari pouvait encore acquérir des droits sur les biens de sa femme. Un act de 1874 rendit dans ce cas aux créanciers anté-nuptiaux leur action contre lui.

C'est en 1882 que fut votée la loi qui devait émanciper la femme d'une manière complète. Elle passa presque sans discussion, bien qu'elle eût été précédée par un notable mouvement de l'opinion publique, sur lequel la *Ligue en faveur des droits des femmes* exerça une action puissante. La session du Parlement fut fort agitée par les passions politiques : l'obstruction irlandaise, les affaires d'Égypte captivèrent l'attention. Grâce peut-être à ces préoccupations, la loi nouvelle fit tranquillement son chemin : présentée à la Chambre des Lords par le lord chancelier Selborne le 14 février 1882, elle fut votée par la Chambre haute avec huit amendements et acceptée ensuite sans modification par la Chambre des Communes.

La portée de la réforme qu'elle opère est nettement indiquée dans la section première ainsi conçue : « La femme mariée, conformément à la présente loi, est capable d'acquérir et tenir comme sa propriété séparée tout bien réel et personnel, et d'en disposer par testament ou autrement de la même manière que si elle était non mariée (*feme sole*) et sans qu'il soit besoin de l'intervention d'un *trustee*. »

Il résulte de là que l'ancien principe, qui confondait la personne du mari et celle de la femme est maintenant écarté; et comme il était la source de tous les droits du mari sur les biens de la femme, ces droits disparaissent par là même. La femme conserve la propriété et la jouissance de tous les biens qu'elle a en se mariant ou qu'elle acquerra par la suite : pour cela il n'est besoin d'aucune précaution; il ne faut plus recourir à la théorie des cours d'équité; la femme a un *legal estate*. En même temps que le droit de jouissance séparée, elle obtient le droit de disposer librement de ses biens, sans autorisation du mari ou de justice. Pour aliéner un bien réel qui lui appartient, il ne faudra plus comme autrefois que le mari donne son consentement ni qu'elle soit séparément interrogée par le juge, chargé de s'assurer que sa volonté est complètement libre. Elle peut, comme un homme ou comme une femme non mariée, ester en justice et il ne sera plus nécessaire de mettre en cause son mari. Elle peut librement recevoir une donation d'un tiers; elle peut en recevoir une de son mari, elle peut lui en faire une[1]. Dorénavant aussi elle est capable de contracter sans aucune autorisation : mais elle oblige sa propriété séparée plutôt qu'elle ne s'oblige elle-même personnellement; d'où la conséquence qu'elle ne saurait être déclarée en faillite, à moins qu'elle ne fasse le commerce séparément[2].

Ce sont là les résultats principaux qu'a entraînés le renversement des anciens principes : d'autres conséquences secondaires sont aussi exprimées dans la loi.

Dorénavant le mari et la femme étant en droit deux personnes distinctes, il est naturel qu'ils puissent agir l'un contre l'autre. Cependant ils ne le pourront pas en principe par une action *ex delicto*[3], la femme, pourra seulement attaquer

[1] Cela avait été déjà admis par un act du 22 août 1881, section 50.

[2] Sect. II : « Every married woman carrying on a trade separately from her husband shall, in respect of her separate property, be subject to the bankruptcy laws in the same way as if she were a *feme sole*. »

[3] Sect. XII : « No husband or wife shall be entitled to sue the other for a tort. »

son mari de ce chef, s'il s'agit d'une atteinte portée par lui à sa propriété séparée ; elle pourra même alors intenter contre lui une poursuite criminelle, si lorsque le fait s'est produit, ils avaient cessé de vivre ensemble, ou s'il s'agit d'un bien que le mari a détourné au moment où il abandonnait sa femme ou songeait à l'abandonner.

Selon les anciens principes, le mari et la femme n'étant qu'un, ne pouvaient témoigner en justice l'un contre l'autre. Cette règle, quoique modifiée par diverses lois[1], était encore pleinement en vigueur en matière criminelle. La loi nouvelle déclare qu'elle cessera de s'appliquer dans toutes les poursuites qu'elle autorise.

Enfin, elle répète que la femme reste tenue de ses dettes anté-nuptiales, et que le mari ne peut être poursuivi de ce chef que dans la mesure où il a acquis un droit sur la fortune de sa femme, déduction faite des paiements qu'il a déjà opérés de bonne foi pour le compte de celle-ci.

On le voit, la loi anglaise, après avoir pendant longtemps durement asservi la femme mariée, lui accorde maintenant une liberté presque sans bornes. Désormais en Angleterre le régime matrimonial de droit commun, c'est la séparation de biens sans le contre-poids de l'autorité maritale. Il est douteux que le législateur en soit venu là de propos délibéré : et cet affranchissement définitif s'explique plutôt par une évolution historique, où la logique des idées a dominé les raisonnements individuels. Si en France l'autorité maritale s'est lentement développée et solidement établie, c'est que chez nous le *mundium* du mari sur la femme de bonne heure avait cessé d'entraîner une absorption juridique, pour être seulement un pouvoir de contrôle et de protection. Chez les Anglais au contraire, si dans certains cas l'équité où la loi, en permettant un acte à la femme, exigeaient que son mari l'assistât, c'était là encore un effet atténué de la théorie d'absorption, qui laissait une trace, alors même qu'on en répudiait la rigueur. La théorie fondamentale s'écroulant, toutes ces conséquences ont disparu avec elle.

[1] *Evidence amendment Act.* 1853, 16-17, Vict., c. 63 ; 32-33, Vict., c. 68, 1, 3.

Mais le régime de liberté que la loi inaugure n'est point exempt de dangers. Le mari et la femme peuvent également en abuser, et le législateur a voulu placer le remède à côté du mal.

Le mari pour soustraire à ses créanciers une partie de sa fortune pourra être tenté de la faire passer sous le nom de sa femme, dont le patrimoine est maintenant hors de leurs atteintes. La loi prévoit cette fraude. D'abord s'il s'agit d'une donation ouvertement faite par le mari à sa femme, il est dit « qu'aucune disposition de la présente loi ne lui donnera validité à l'encontre des créanciers du mari, et qu'à ce point de vue le bien donné sera considéré comme étant encore la propriété du mari. » Tout placement fait par le mari au nom de sa femme et en fraude de ses créanciers sera annulé ; enfin la loi poursuit aussi les placements que la femme aurait pu faire en son propre nom avec l'argent de son mari et, sans le consentement de ce dernier. De ce qu'un bien est au nom de la femme, il en résulte seulement une simple présomption qu'il forme pour elle un propre, ce que nous appelons une présomption *juris tantum* et les Anglais *prima facie evidence :* la preuve contraire est toujours admise.

La femme peut prêter de l'argent à son mari, ou lui remettre toute autre valeur à raison d'un commerce ou d'une affaire gérée par lui, ou pour toute autre cause : dans ce cas si le mari est déclaré en faillite, non-seulement ces valeurs seront considérées comme le gage (*assets*) de ses créanciers, mais de plus la femme ne pourra elle-même se présenter comme créancière et obtenir un dividende que lorsque tous les créanciers dont le droit repose sur un contrat à titre onéreux, auront été désintéressés. Il est clair que cette disposition sévère restreint singulièrement la possibilité des contrats entre époux : le législateur referme presque la porte qu'il venait d'ouvrir[1].

[1] Bien que le régime de la faillite (bankruptcy) s'applique aux non-commerçants, dans un commentaire déjà publié sur la loi de 1882 on se demande si la disposition que nous venons d'analyser s'appliquerait, lorsque le mari ne fait aucun négoce.

Voyons ce qu'il a fait pour protéger la femme elle-même contre les dangers de sa pleine indépendance.

Dans une curieuse disposition (sect. VII) il décide qu'aucune société de crédit, d'industrie, etc., ne sera obligée de recevoir au nombre de ses actionnaires une femme, lorsqu'il s'agira d'actions incomplètement libérées : il valide du moins les statuts des sociétés qui prononceraient une semblable exclusion. Depuis 1870, les sociétés anglaises semblent avoir fréquemment adopté des clauses de ce genre dans leur propre intérêt; en effet, lorsqu'une femme mariée acquiert en son propre nom des actions ou obligations incomplètement libérées, si elle n'a pas d'autre propriété séparée, la compagnie pour le paiement de ce qui lui reste dû n'a contre elle aucune action, et elle n'a pas non plus d'action contre le mari : elle ne peut que faire vendre (par *forfaiture*) le titre non libéré. Mais en validant toutes les clauses de cette nature, qui probablement deviendront de style, le législateur a sûrement voulu interdire à la femme des placements séduisants et dangereux, qui promettent des gains considérables en exigeant actuellement un sacrifice peu sensible, et où se laissent aisément prendre les imaginations vives et promptes à l'illusion.

Un autre article donne à la femme une protection plus directe et plus efficace, en maintenant son caractère légal à une combinaison pratiquée depuis longtemps sous le nom de *restriction against anticipation*. C'est une clause qui décide que la propriété constituée pour une femme mariée à titre de *separate use*, et soustraite par là à l'atteinte du mari, sera pendant le mariage soustraite à la disposition de la femme elle-même, qui ne pourra pas même disposer à l'avance du revenu [1]. Dans ce cas la femme ne peut point

The married women's property acts by S. Worthington Bromfield. London, 1883, p. 51 : « It seems doubtful whether this section applies to the case of a loan by a married woman to her husband, if not a *trader*, for his private purpose. »

[1] Joshua Williams, *Principles of the law of real property*, 11e édit., p. 222 : « In order more completely to protect the wife, the Court of Chancery allows property thus settled for the separate use of a woman to be so tied down for her own personal benefit that she shall have no power, during her coverture, to anticipate or

aliéner directement ses biens, ni les engager par ses obligations.

La femme elle-même peut soumettre à régime en se mariant ses biens présents et aussi ses biens à venir : par là s'établit cette incapacité contractuelle de la femme mariée, qu'on a voulu récemment introduire dans notre jurisprudence. La loi nouvelle ordonne le respect le plus complet de ces clauses ; elle déclare seulement que les créanciers antérieurs au mariage conserveront leurs droits sur les biens de la femme. Le *restraint on anticipation* pourrait sans aucun doute être apposé par le donateur ou testateur qui gratifierait une femme mariée, quant aux biens compris dans sa libéralité, et il serait alors opposable même aux créanciers anté-nuptiaux [1].

Ce n'est là qu'une application de ce que les Anglais nomment les *settlements :* mais ce terme comprend beaucoup d'autres combinaisons, en particulier les substitutions fidéicommissaires. C'est en général l'acte par lequel on fixe conventionnellement ou par testament la destination ou la dévolution d'un bien dont on dispose « *a deed, whereby the destination or devolution of a real or personal estate is settled.* » La loi anglaise permet en ce sens à la volonté des parties des effets fort étendus : elle ignore la propriété simple et absolue du droit romain et de notre droit civil, et combine avec une grande souplesse les droits réels. Les *settlements* matrimoniaux pourront avoir pour objet d'attribuer au mari en tout ou en partie la jouissance ou l'administration des biens de la femme, et par là les conventions des parties pourront aussi rétablir à peu près l'ancien état de

assign her income; for it is evident that to place the wife's property beyond the power of her husband is not a complete protection for her; it must also be placed beyond the reach of his persuasion. In this particular instance therefore an exception has been allowed to the general rule, which forbids any restraint to be imposed on alienation. »

[1] La justice peut d'ailleurs permettre à la femme d'aliéner ces biens ou de les engager par son obligation, lorsqu'il en résulte pour elle un avantage évident. Voy. Loi du 22 août 1881 (44 et 45, Vict.), sect. 39 (*Annuaire de la Société de législation comparée*, année 1882).

choses. On a déjà fait cette remarque en Angleterre que dorénavant ces *settlements* seront surtout inspirés par l'intérêt des maris, tandis que jadis ils étaient faits principalement dans l'intérêt des femmes.

De l'ancienne théorie de la *common law* il était résulté un règlement particulier quant aux droits de survie des époux. Il est intéressant de voir quel va être, sur ce point, l'effet de la loi nouvelle.

D'abord si le mari survivait, il gardait, en vertu de son droit marital, ou acquérait comme *administrator* la propriété de tous les *biens personnels* (*personal estate*) provenant de sa femme. Celle-ci ne pouvait point le frustrer de ce droit, car pour disposer de ces biens par testament il lui fallait le consentement de son mari; et même il fallait encore que le mari survivant ratifiât, au moins par son silence, ces dispositions testamentaires. Aujourd'hui il est bien certain que la femme peut librement disposer de ces biens à cause de mort et faire un testament valable sans l'autorisation de son mari. Mais supposons qu'elle soit morte, sans avoir fait de testament : l'ancien droit du mari ne doit-il pas disparaître, puisque le principe d'où il découlait a été effacé? Non. Les jurisconsultes anglais tiennent que pour les biens personnels, la propriété séparée, *separate use,* créée par la loi au profit de la femme, comme celle jadis créée à son profit par la convention, dure seulement tant que dure le mariage [1] : le vieux principe est masqué, plutôt qu'aboli, et à défaut d'un testament fait par la femme, ses *biens personnels* échoient à son mari selon les règles traditionnelles.

Sur les *biens réels* (*real property*) de sa femme, la *common law* donnait au mari des droits beaucoup moins étendus. Il en avait l'usufruit lorsqu'il était né un enfant du mariage. Cette prérogative, qu'on appelle la *curtesy of England,* était une vieille institution coutumière, qui n'est point spéciale à l'Angleterre, comme l'indiquerait son nom, et qu'on retrouve au moyen âge dans un certain nombre de nos cou-

[1] Worthington Bromfield. *The married women's property acts*, p. 59.

tumes. La femme peut aujourd'hui l'écarter, car elle peut librement disposer de ses biens réels par testament, mais autrement elle subsiste.

La femme tenait de l'ancienne loi deux gains de survie. L'un, est le douaire; elle y a droit comme précédemment, mais depuis longtemps le mari peut l'en priver par convention ou par testament, et presque toujours il le fait. D'autre part, si le mari meurt intestat, sa femme est appelée au premier rang dans la succession à ses *biens personnels (personal property),* soit pour un tiers, s'il laisse des enfants, soit pour la moitié, dans cas contraire[1]. Ce droit considérable s'expliquait, au moins en partie, par l'absorption des biens personnels de la femme dans le patrimoine du mari. Il subsiste, bien que cette raison ne puisse plus être donnée aujourd'hui, et d'ailleurs on ne peut que s'en féliciter.

On le voit, la loi nouvelle, tout en inaugurant de nouveaux principes, n'a pas encore totalementeffacé les anciens; et cela est bien conforme à l'esprit qui domine la jurisprudence anglaise. Cependant elle opère un changement de front dans la législation. Elle a été très favorablement accueillie par la presse et par le public; mais il semble qu'elle ait trouvé auprès des juristes de profession un accueil moins favorable. Les jurisconsultes poussent souvent très loin l'esprit de conservation : ils savent d'ailleurs quels pièges inconnus recèle parfois la réforme radicale d'un droit ancien, auquel on avait su se faire malgré ses vices, et dont on connaissait tous les détours. Il n'est pas probable cependant qu'il se produise sur ce point une réaction législative : la liberté des conventions, auquel le législateur a eu soin de réserver toute sa force, suffira pour maintenir les anciennes pratiques, dans la mesure où elles pourraient encore être utiles et légitimes. A. E.

[1] *Statute of distributions,* 22-23, Car. II, c. 10; *explained by* 29, Car. II, c. 3.

CHAPITRE III.

ALLEMAGNE.

I.

L'on ne doit pas s'attendre à trouver, dans cette vaste agglomération d'États divers réunis sous le nom d'Allemagne, cette législation simple, une, et pour ainsi dire coulée d'un seul jet, que nous venons de rencontrer en Suède et en Angleterre. Placées aux extrémités de l'Europe septentrionale, la Grande-Bretagne et la Scandinavie ont pu conserver pures de tout mélange leurs institutions féodales et germaniques, de même que, de leur côté, les péninsules méridionales de l'Espagne et de l'Italie demeuraient presque exclusivement soumises aux influences canoniques et romaines. Mais au centre de l'Europe il y a eu comme un confluent de tous les courants d'idées partis du Nord et du Midi : le droit germanique et le droit romain, le droit féodal et le droit canonique se sont rencontrés, et de ce conflit de principes rivaux est sortie une législation complexe et mélangée, parfois même disparate et contradictoire.

Tel est le caractère de la loi allemande, tel est aussi celui de la loi française. Mais, en France, un puissant esprit de centralisation, domptant tous ces éléments divers, les a forcés à s'assimiler les uns aux autres et à se fondre en un seul corps de droit, solide et homogène. Cette force de centralisation a fait défaut à l'Allemagne : les nombreux petits États entre lesquels se fractionne son territoire ont gardé chacun leur droit local, et chacun de ces droits locaux est lui-même resté fractionné en quantité d'éléments distincts et désunis.

Le droit des bourgeois n'est pas celui des nobles, ni le droit des campagnes celui des villes, ni le droit des alleux celui des fiefs, ni le droit d'un manoir celui du manoir voisin. Un Allemand eût pu dire encore au siècle dernier ce que disait Agobard au temps de Charlemagne, « qu'il n'était pas rare de rencontrer cinq personnes réunies dont aucune n'obéissait à la même loi. »

Grâce à ce défaut de cohésion, l'élément romain et l'élément germanique, au lieu de se combiner et de se transformer l'un par l'autre, comme en France, sont restés isolés quoique en contact et ont conservé chacun leur forme native. Le droit romain est resté exclusivement romain : il a continué de régner sous les nouveaux Césars du Saint-Empire, non pas comme *raison écrite*, mais comme *loi écrite* et obligatoire, et une jurisprudence servile et pédantesque l'a littéralement appliqué dans ses prescriptions les plus arbitraires. D'un autre côté, l'ancien droit germanique n'a jamais cessé d'être en honneur dans le pays qui se vante d'être sa véritable patrie, et ses coutumes les plus surannées ont été défendues comme des antiquités nationales avec toute l'ardeur du patriotisme. De là encore aujourd'hui, un mélange ou plutôt une juxtaposition d'institutions hétérogènes et disparates, des débris du vieux droit romain côte à côte avec des débris du vieux droit germanique, le *morgengab* et le douaire à côté de la *donatio propter nuptias* et de la quarte de la veuve, le sénatus-consulte Velléien à côté de la tutelle perpétuelle des femmes.

Et cependant l'Allemagne aspire à l'unité de législation. C'est là le but entrevu dès le XVI^e^ siècle par ses savants et ses philosophes, et vers lequel depuis lors elle n'a cessé de marcher. Ici comme dans tous les progrès de la pensée humaine, le premier émancipateur en Allemagne, c'est Luther : c'est lui qui le premier s'éleva contre une jurisprudence étroite et servile et en appela au droit naturel des iniquités de la loi écrite : « Si tu n'as pas la loi naturelle devant les yeux, quand tu aurais dévoré tous les livres de lois et tous leurs commentaires, tu ne ferais que t'égarer de plus en

plus à mesure que tu les étudierais davantage. Le jugement juste et équitable, ce n'est point dans les livres et dans les textes qu'il faut le chercher ; c'est dans sa raison même, consultée librement et comme s'il n'y avait aucun livre. Un tel jugement, c'est le droit naturel qui le dicte, et ce droit est gravé au fond de toute âme humaine [1]. » Ces paroles ne restèrent pas sans écho : deux ans plus tard le *Projet de réformation* des paysans insurgés ordonnait que tous les *docteurs en droit* fussent expulsés de tous les tribunaux de l'empire [2]. Cette menace ne fut jamais réalisée et ne pouvait pas l'être; mais la jurisprudence formaliste n'en avait pas moins reçu un coup fatal. La science du droit naturel était fondée, elle fit chaque jour de nouveaux adeptes et, depuis le XV^e^ jusqu'au XVIII^e^ siècle, une série de publicistes allemands et hollandais, dont les services sont aujourd'hui trop méconnus, a puissamment contribué à fondre ensemble le droit romain et les nombreuses coutumes germaniques en les subordonnant aux principes communs dictés par la justice et la raison.

De nos jours, l'unité de législation est déjà acquise dans la science, bien qu'elle ne soit pas encore réalisée dans les faits. La législation allemande, si variée et si disparate, offre aujourd'hui à peu près le même tableau que présentait celle de la France il y a quelques siècles. La France était régie alors par une multitude de coutumes locales, souvent contradictoires et toujours diverses; mais à travers cette variété de droits locaux, la science avait su entrevoir et définir un droit général, un droit commun, le droit qui devait plus tard être écrit dans nos codes. La savante Allemagne, elle aussi, a su découvrir, sous toutes les particularités de ses coutumes locales, les principes généraux et identiques qui constituent le fond même de son droit national; les tribunaux et les législateurs ont obéi à l'impul-

[1] Luther, *Abhandlung von weltlicher Obrigkeit*, 1523.

[2] C'est l'acte vulgairement connu sous le nom de *Reformation Friedrich's III*, art. 5 (*ap.* Goldast, *Reichssastz.*, t. I, p. 107) : « Alle Doctores der Rechten, sie seynd geistlich oder weltlich, im heil. rœm. Reich deutscher Nation,... sollen bei keinem Gericht... mer gelitten, sunder gantz abgethan werden. » — Cpr. Zœpfl, *deutsche Rechtsgeschichte*, Stuttgard, 1858 (3^e^ éd.), I, § 55.

sion de la science, et peu à peu un droit allemand épuré et généralisé a pris sa place, à côté du droit romain, comme un second élément du droit commun. Encore un pas de plus et ces deux lois se confondront en une loi unique. Ce dernier progrès s'est accompli déjà dans une partie de l'Allemagne. Les grands États allemands qui sont déjà parvenus à l'unité politique, ont su établir aussi, dans des codes généraux, l'unité de législation. En 1794, la Prusse a codifié ses lois; en 1822, l'Autriche a codifié les siennes; tandis qu'à l'autre extrémité de l'Allemagne, sur les bords du Rhin, notre code Napoléon a maintenu son empire. La Confédération germanique tout entière, naguère encore si fractionnée et si désunie, cherche aujourd'hui à se donner une loi commune et uniforme. L'œuvre est déjà commencée et les lois de 1847 et de 1859 ont établi le même droit commercial pour tous les États de la Confédération. Une semblable réforme en matière civile présente plus de difficultés : mais cependant tout y conduit, et il n'est pas une innovation dans la jurisprudence, pas un amendement dans la législation qui ne soit un pas de plus vers ce but suprême, l'unité de la loi allemande.

Quelle sera cette loi unique? quels en seront l'esprit et les tendances? Sera-t-elle féodale ou canonique, germanique ou romaine? L'on peut, sans être prophète, le prédire avec certitude : la direction que le progrès a suivie indique assez celle qu'il suivra dans l'avenir. L'on ne trouvera, dans ce code nouveau, aucune de ces institutions spéciales et arbitraires qui répondaient à des états sociaux qui ne sont plus : la tutelle perpétuelle des femmes disparaîtra avec les derniers débris de la servitude féodale; le sénatus-consulte Velléien disparaîtra de son côté, dès que les Pandectes auront perdu le peu qui leur reste d'autorité légale. La condition de la femme ne sera plus réglée par des lois d'exception et se résumera dans la combinaison de ces deux principes qui tendent à devenir de plus en plus le droit commun de l'Europe : égalité des deux sexes, subordination de la femme au mari.

Mais quoique destinées à périr dans un avenir prochain, quoique déjà à demi tombées en désuétude, ces deux institutions, le sénatus-consulte Velléien et la tutelle perpétuelle des femmes, tiennent encore leur place dans la législation actuelle. Cela suffit pour que nous devions consacrer à chacune d'elles une étude spéciale et détaillée.

II.

J'ai essayé ailleurs d'interpréter le sénatus-consulte Velléien. Je vais montrer maintenant comment cette loi a été interprétée et appliquée en Allemagne. Je n'ai pas à rechercher si cette interprétation est bonne ou mauvaise : ce n'est plus ici le droit romain que j'étudie, c'est l'histoire du droit allemand.

Aucune trace de notre sénatus-consulte n'apparaît encore dans les anciens monuments du droit germanique. Ce n'est qu'au XVIII^e^ siècle, lors de la renaissance de l'étude des lois romaines, que l'on voit cette antique institution renaître et se répandre aussitôt dans tous les États allemands. Une telle nouveauté ne s'introduisit pas dans la pratique sans rencontrer d'abord quelque résistance. Tout en se soumettant avec docilité au sénatus-consulte comme à une loi encore en vigueur, les populations allemandes sentaient par instinct combien cette vieille loi était peu en rapport avec les mœurs et les besoins de la société nouvelle, et tous les esprits indépendants se demandèrent à quoi pouvait servir une institution dont, pendant bien des siècles, personne en Allemagne n'avait senti le besoin ni même soupçonné l'existence. En vain, pour justifier cette innovation, quelques jurisconsultes, comme Schilter, se risquèrent-ils à prétendre que, les mœurs n'étant plus aussi sévères qu'au temps des anciens Germains, les femmes n'étaient plus dignes de jouir de la même capacité [1]. Quoique l'on fût habitué, à

[1] Schilterus, *Praxis juris romani*, Francof., 1713, *exerc.* XXVIII, 5 : « Quod mores sanctiores Germanorum cessaverunt. »

cette époque, à se payer des plus mauvaises raisons quand il s'agissait de justifier une loi romaine, la théorie naïve du vieux Schilter trouva plus d'un contradicteur. Certains jurisconsultes, aujourd'hui trop oubliés, se permirent de douter de l'influence moralisante du sénatus-consulte Velléien et osèrent même juger et attaquer cette institution avec une indépendance de critique fort méritoire à cette époque.

Quand les Romains, disait Ludewig[1], défendirent aux femmes d'intercéder, c'est qu'ils considéraient cette immixtion d'une femme dans les affaires d'autrui comme contraire à la retenue et à la réserve imposées à son sexe. Mais ces idées sont étrangères à nos mœurs : aujourd'hui cette défense ne pourrait plus se justifier que comme une protection pour la faiblesse de la femme, si la femme ne trouvait pas déjà, dans la tutelle que nos lois lui imposent, une protection plus que suffisante.

Un autre jurisconsulte de la même époque, Thomasius[2], demandait plaisamment quel était celui des deux sexes que le législateur romain aurait mieux fait de protéger, et si les femmes ne trompent pas les hommes bien plus souvent qu'elles ne se laissent tromper par eux. « Le Velléien, ajoutait-il, a perdu, dans la pratique moderne, son utilité : car le créancier ne manque pas d'exiger de la femme une renonciation à son bénéfice, en sorte qu'elle se trouve aussi exposée aux surprises et aux séductions que s'il n'y avait jamais eu de Velléien. Les seules personnes que la loi puisse atteindre sont celles-là précisément qu'elle devrait épargner, celles qui, ignorant son existence, n'ont pu songer à se prémunir contre ses coups et à exiger la renonciation de leur débitrice. Ce prétendu bénéfice n'est donc autre chose qu'un piège tendu par le législateur à l'ignorance et à la bonne foi[3]. »

[1] Ludewig, *de differ. J. Rom. et Germ. in scto. Vell. exule in Germania*, Halæ, 1720.

[2] Thomasius, *de exiguo usu scti Vell. in Germania*, Halæ, 1707 (dans ses œuvres, *dissert.* 78).

[3] Thomasius conclut ainsi : « Vel nullus deberet esse usus scti, ne deciperentur

Sous l'influence de ces idées, la pratique resserra par degrés le champ d'application de notre loi, et, aux exceptions admises par la Glose, elle ajouta peu à peu nombre d'exceptions nouvelles. Elle affranchit successivement du sénatus-consulte les commerçantes, les juives, les princesses ou suzeraines, celles qui s'engageaient sous l'autorisation de leurs tuteurs[1], celles qui s'engageaient sous la foi du serment. Dans ces divers cas, qu'on le remarque bien, l'intercession de la femme était valable, même lorsqu'elle avait lieu au profit du mari. L'on autorisait d'ailleurs toute intercession au profit du mari lorsque les époux vivaient en communauté de biens[2].

Parmi les cas d'exception déjà admis par la Glose, il en est un qui mérite une attention particulière à cause des longs débats qu'il a suscités parmi les docteurs : c'est le cas où la femme renonce à son bénéfice. La question de savoir si cette renonciation est ou non efficace, vivement débattue entre les théoriciens, n'a jamais fait de doute dans la pratique ; la jurisprudence allemande en a toujours reconnu la validité[3]. Mais comment cette renonciation devait-elle être faite? fallait-il un acte public? une confirmation par serment? une notification spéciale à la débitrice? Toutes ces questions, longtemps agitées, ont fini par être en général résolues dans le sens le plus favorable à la capacité de la femme. En particulier, la formalité de l'acte public, prescrite par Justinien, est bientôt tombée en désuétude : car, d'après la Glose, l'intercession publique n'avait d'autre avantage sur l'interces-

creditores; vel nullus deberet esse usus renuntiationum scto, ne deciperentur feminæ; quorum neutrum cum fiat, dolendum est praxin scti in foris nostris pertinere ad muscipulas et telas aranearum quibus capiantur incauti. » — Bœhmer, *de efficaci mulierum intercessione*, Hal. Magd., 1718; Breuning, *de politia scti Velleiani*, Lipsi., 1754; Hackemann, *de injustitia scti Velleiani*, Francof. ad Viadr., 1776; H. C. Gerike, *de limitibus scti Velleiani*, Gœtting., 1795.

[1] Ce point était cependant controversé.

[2] Rœslin, *Abhandlung von besondern weiblichen Rechten*, Stuttgard, 1775-79, t. II, p. 247 et suiv.; Girtanner, *die Bürgschaft, Dogmengesch. des Mittelalters*, Iéna, 1850, § 30.

[3] Les auteurs mêmes qui ont le plus vivement combattu la pratique des renonciations, comme Thomasius, confessent que cette pratique est universelle.

sion privée que celui d'être nulle seulement *exceptionis ope* et non pas *ipso jure;* mais, au point de vue pratique, cet avantage était illusoire et la formalité était dès lors négligée comme sans valeur [1].

Si maintenant l'on rassemble toutes les restrictions et atténuations apportées à l'ancien sénatus-consulte, on jugera de la distance qui sépare à cet égard le pur droit romain du droit romain allemand. La pratique avait rendu, en effet, si nombreux et si faciles les moyens d'échapper au coup de la loi, qu'il fallait être bien imprévoyant ou bien ignorant pour se laisser atteindre. Ces divers expédients étaient même devenus, parmi les notaires, une véritable science, on les appelait *cautelæ Velleiani,* et l'on peut en voir la longue et fastidieuse énumération dans tous les écrits des praticiens allemands du dernier siècle [2]. Il suffisait au créancier auprès de qui la femme se portait caution, d'exiger d'elle un serment, une renonciation, l'autorisation de son tuteur, ou de lui faire réitérer sa promesse après deux ans d'intervalle, ou de lui donner une somme quelconque en guise de prix de son intercession : dans tous ces cas, l'acte devenait inattaquable et le sénatus-consulte n'était plus qu'une lettre morte. Ainsi l'édit Velléien subissait le sort de toutes les institutions qui ont trop vécu : la pratique, ne pouvant l'abroger, s'appliquait à l'éluder; et l'on comprend après cela que bien des juristes allemands, se plaçant à un point de vue exclusivement pratique, aient pu prétendre qu'il avait perdu toute autorité [3].

A ce progrès dans la jurisprudence et le droit coutumier correspond un progrès parallèle dans la loi écrite. Reportons-nous seulement à un siècle en arrière, et nous verrons la Prusse, le pays de Bade, la Bavière, en un mot la plu-

[1] Thomasius, *l. c.,* § 15; Engelbrecht, *de renunciatione scti Vellei. privato instrumento facta,* Gœtting., 1749.

[2] Stryk, *de cautelis contractuum,* Francof., 1743, sect. II, c. 6; Rœslin, *weibliche Rechte,* t. II, p. 253.

[3] Eisenhardt, *Inst. juris German. privati,* III, 13, § 5 : « Secundum hodierna Germaniæ jura, fidejubere possunt omnes qui facultate se obligandi gaudent, imo etiam milites ac feminæ. »

part des États allemands, consacrer expressément, dans leurs lois particulières, l'ancienne prohibition du Sénat romain[1]. A côté de quelques statuts qui la tempèrent[2], il en est d'autres qui la renforcent par des précautions nouvelles : ainsi, d'après les anciennes ordonnances des comtes du Rhin[3], la femme devait comparaître devant le juge, seule et en l'absence du créancier, et là, après avoir été dûment avertie du bénéfice légal établi en sa faveur, elle devait jurer, en levant la main, qu'elle y renonçait; le tout était constaté par un procès-verbal signé de la femme et du juge lui-même.

Si maintenant nous passons à des lois plus récentes, qu'y trouvons-nous? les unes ont remplacé le sénatus-consulte par des garanties moins gênantes, les autres l'ont complètement abrogé. D'après l'ordonnance de 1789 pour le pays de Bade, « tout cautionnement souscrit par une femme dûment assistée, soit dans l'intérêt d'un étranger, soit dans celui de son mari, aura la même efficacité que s'il eût été souscrit par un homme[4]. » D'après le code prussien de 1794, il suffit d'avertir la femme, par une notification en justice, de toutes les conséquences de son engagement; l'intercession d'une femme pour son mari exige seule l'assistance et le conseil d'un jurisconsulte[5]. Le code autrichien de 1810 est plus radical encore : « Toute personne ayant la libre administration de ses biens, peut, sans distinction de sexe, s'obliger pour la dette d'autrui[6]. »

[1] Preussische Hypothek. u. Concursordnung, 1743, § 47, 50; Landrecht d. Margraft. Baaden u. Hochberg, 1710, th. IV, tit. xv, 4, 5; Churbayrisches Landrecht, I, 14; Churfürstlicher Pfalz b. Rhein Landrecht, 1700, th. II, tit. xi, 1.

[2] Plusieurs statuts municipaux valident l'intercession de la femme lorsqu'elle est autorisée par le tuteur ou le mari, notamment ceux de Berlin (Fidicin, *Gesch. d. Stadt Berlin*, p. 145), de Nuremberg (rev. Stadtrecht v. 1564, tit. XIX, 5), de Lubeck (voy. *infra*, p. 314), de Hambourg, Cologne, etc.

[3] Rhein u. Wildgræfliche Landsordnung v. 1754, th. VII, 7. *Item*, Statut réformé de Francfort de 1611, th. II, tit. xvi, 11.

[4] Verordn. v. 1. Jul. 1789 (Bad. Regierungsbl., t. I, p. 74). Voy. aussi le Code Napoléon pour le duché de Bade, III, 14.

[5] Preussisches allg. Landrecht, II, 1, §§ 342-49; Anhang, § 75.

[6] Oesterreichisches Gesetzbuch (§ 1349) : « Fremde Verbindlichkeiten kann ohne

Ne suffit-il pas de comparer les dates de ces lois diverses pour prévoir le sort réservé à notre sénatus-consulte dans un avenir prochain? C'est de nos jours surtout que cette vieille institution est menacée : l'Allemagne n'a plus aujourd'hui pour le droit romain le même respect superstitieux qu'au dernier siècle; elle a appris, sous les leçons de l'école historique, à envisager les Pandectes comme une loi morte et non plus comme une loi vivante; déjà, secouant le joug de textes vieillis, elle travaille à se donner, dans les codes généraux, un droit vraiment national. Quand cette œuvre sera terminée, quand la loi allemande régnera seule en Allemagne, que sera devenu le sénatus-consulte Velléien? Demandons-le aux Allemands eux-mêmes; écoutons l'un des jurisconsultes qui ont le mieux exposé sur ce point l'état de la doctrine ancienne et moderne. « En adoptant le sénatus-consulte Velléien, dit M. Girtanner[1], le législateur se place en face de cette alternative : ou permettre à la femme d'y renoncer, ou le lui défendre. Permet-il la renonciation? En ce cas, comme le seul but du sénatus-consulte est de prémunir les femmes contre leur facilité à s'obliger, cette institution devient, dans la pratique, complètement illusoire. Rend-il au contraire toute renonciation impossible? C'est priver alors toute une classe de personnes du droit de se porter caution, même dans les cas où les motifs les plus légitimes le leur commandent. Pour protéger la femme, il suffirait de l'éclairer par une notification préalable et d'entourer son engagement de certaines formalités. Aller plus loin, c'est manquer le but en le dépassant. »

Je n'ai pas à examiner pour le moment si ces critiques sont fondées. Tout ce que je veux constater, c'est que le sénatus-consulte Velléien n'a plus en Allemagne qu'une autorité nominale; il est éludé par la pratique, il est condamné par la science et menacé de plus en plus chaque jour par les progrès de la législation.

Unterscheid des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermœgens zusteht. »

[1] *Die Bürgschaft.* Je résume les pages 554 et 555.

III.

Si l'on en croyait une école de juristes fort nombreuse en Allemagne du treizième au dix-septième siècle, la tutelle des femmes serait, non moins que le sénatus-consulte Velléien, une institution romaine. Au dire de ces juristes, si les femmes allemandes étaient en tutelle, c'est parce que la loi des XII Tables l'avait ainsi établi dans l'antiquité et que l'empereur Claude n'avait abrogé qu'a demi cette ancienne institution[1]. Si les femmes allemandes ne pouvaient postuler en justice, c'est parce qu'un préteur romain, lassé un jour par les sollicitations importunes d'une certaine Calpurnia, avait interdit aux femmes de postuler[2]. L'on voit jusqu'à quelle extravagance l'on avait poussé la superstition du droit romain.

C'est en plein droit germanique, au contraire, que la tutelle des femmes nous ramène. Le nom même de cette tutelle révèle assez son caractère et son origine. Le tuteur de la femme, chez les vieux auteurs allemands, est appelé *vogt, kriegvogt,* c'est-à-dire avocat ou champion, celui qui défend la femme et combat pour elle, soit en justice soit en champ clos. L'on reconnaît là cette même tutelle que nous avons déjà rencontrée dans le droit germanique et le droit scandinave.

Il semble, au premier abord, qu'une institution si profondément enracinée dans les anciennes mœurs germaines devait avoir en Allemagne plus de chances de durée qu'une institution exotique comme le sénatus-consulte Velléien. Il n'en est rien : le progrès des mœurs et de la législation a peu

[1] « Usus autem et statuta multorum locorum *priscum jus* reducit, » dit Mevius (*Comm. ad., J. Lub.*, L. I, tit. x, art. 3) en parlant de l'ancienne tutelle des Romains.

[2] Sachsenspiegel (Homeyer, Berlin, 1861) II, 63 § 1 : « It ne mach nen wif vorspreke sin, noch ane vormünden klagen; dat verlos in allen calefurnia, die vor deme rike missebarde von torne, do ir wille an vorsprekene nicht ne muste vortgan. » — Gœrlitzer Landrecht (ed. Homeyer, Berlin, 1844), c. 47 § 3.

à peu affranchi la femme de l'incapacité germaniqne comme de l'incapacité romaine, et les deux lois sont aujourd'hui tombées dans le même discrédit.

On s'explique aisément cette décadence de la tutelle germanique quand on en a pénétré le principe. La tutelle des femmes, en Germanie, était, dans son essence, une institution à la fois patriarcale et militaire, et, par ces deux caractères, doublement incompatible avec les mœurs et la civilisation modernes.

La tutelle des femmes était, avant tout, une institution militaire. C'est dans l'usage germanique du combat judiciaire qu'elle avait pris naissance[1]. Chez un peuple qui, nous l'avons déjà vu, ne connaissait d'abord d'autre procédure judiciaire que le combat, quiconque ne pouvait manier l'épée était incapable d'agir en justice et avait besoin d'un représentant, d'un tuteur. Dans cette origine militaire de la tutelle germanique est le secret de toute son organisation. Le droit de tutelle était indissolublement attaché, dans les vieilles lois allemandes, à un autre droit, celui d'hériter du cheval de bataille et des armes de la famille; le droit aux armes, dans ces anciennes lois, constituait une succession à part, dont la tutelle faisait en quelque sorte partie intégrante[2] : car c'est dans ces armes que tous les membres faibles de la famille devaient trouver défense et protection. Cette tutelle ne pouvait donc appartenir qu'à ceux qui portaient l'épée, c'est-à-dire aux nobles et aux chevaliers, plus tard aux bourgeois, jamais aux vilains[3]. Cette tutelle protégeait quiconque ne pouvait combattre lui-même, c'est-à-dire non-seulement les mineurs et les femmes, mais les vieillards de plus de soixante ans (car à soixante ans il était permis de déposer les armes et de refuser le combat), les infirmes et les malades,

[1] Kraut, *die Wormundschaft nach den Grundsœtzen des deutschen Rechts*, Gœtting., 1835-59; *contra* Rive, *Geschichte der deutschen Vormundschaft*, Brunswick, 1862-66.

[2] *Hergevette*, *Heergeræthe*. Sachsensp., I, 23 § 1.

[3] *Land-seten*. Sachsensp., I, 27 § 2; cpr. cependant Scwabensp. (Senckenberg, *Corp. jur. germ.*, 1766, t. II), c. 8 § 7.

les clercs et gens d'église, les affranchis[1]. Enfin, pour toutes ces personnes, à l'exception des mineurs, le tuteur n'intervenait que dans les affaires qui primitivement se réglaient par les armes, c'est-à-dire dans les actes judiciaires[2]. Comprend-on maintenant pourquoi les lois allemandes appellent le tuteur un *kriegvogt,* c'est-à-dire un champion?

La tutelle était de plus une institution patriarcale. Sous un régime où chaque famille se gouvernait et se défendait elle-même comme un État indépendant, les membres faibles de la famille se trouvaient nécessairement placés dans la dépendance des plus forts. Aussi le droit germanique ne connaissait-il, dans sa simplicité primitive, ni la tutelle dative des Romains, ni même leur tutelle testamentaire[3]. La tutelle, à cette époque, n'était pas encore devenue une charge publique, imposée dans l'intérêt du pupille lui-même, exercée pour son compte et sous le contrôle du magistrat. Elle était un droit de famille, droit exclusif, droit souverain, que la famille exerçait librement et sans contrôle étranger[4].

Mais la tutelle germanique perdit bientôt ce caractère exclusivement domestique et patriarcal. Elle le perdit, dès que le pouvoir public, devenu plus fort, commença à prendre lui-même sous sa garde les intérêts du faible et de l'opprimé. Dès lors, l'on vit une institution toute nouvelle, la tutelle publique, la tutelle du roi, apparaître et prendre place à côté de la tutelle privée. Les commencements de cette tutelle royale furent humbles et timides : elle ne faisait d'abord que suppléer à la tutelle domestique, pour ceux qui, comme l'enfant naturel, se trouvaient sans famille et sans protecteur[5]. Mais peu à peu elle grandit, s'éleva

[1] Sachsensp., I, 42 § 1; Gloss z. Sachsensp., I, 23; Gœrlitzer Landrecht, c. 47 § 17 (Homeyer, p. 224).

[2] Sachsensp., I, 42 et suiv.

[3] Kraut, *die Vormundschaft,* t. I, p. 211 et suiv.

[4] Le contrôle sur le tuteur n'était exercé que par la famille elle-même. Voy. *supra,* p. 200; Stat. d'Augsbourg, 1276 (Walch, t. IV); Stat. de Brunswick (Leibnitz, 439, 47).

[5] Sachsensp., III, 45 § 11. — Il en était de même pour les juifs : Schwabensp., c. 340 § 12; — et pour les étrangers : Culmisches Recht (Thorn., 1584), II, 89.

au-dessus de la tutelle domestique, la soumit à son contrôle et finit même par la supplanter. L'on en vint à admettre que le roi seul avait la tutelle de tous les incapables, et que nul tuteur ne pouvait entrer en fonction sans être confirmé par les représentants du pouvoir public[1]. La tutelle était un droit, dès lors, elle devint une charge, charge exercée dans l'intérêt du pupille, au nom et sous la surveillance de l'État.

La tutelle conserva plus longtemps son caractère militaire. Sous le régime féodal comme sous les coutumes germaniques, il n'y avait de capacité juridique que pour qui pouvait manier les armes, et la femme, comme l'enfant et le vieillard, avait besoin d'un tuteur qui tînt l'épée pour elle[2]. Mais en Allemagne, comme en Angleterre et dans le reste de l'Europe, la féodalité finit par dépouiller ce caractère militaire et chevaleresque. Le combat par les armes fut aboli. Ce ne fut plus avec l'épée, mais avec la plume que se réglèrent les différends juridiques, et dès lors l'incapacité civile, avec la tutelle qui en est la suite, fut attachée, non plus à la faiblesse physique, mais à la faiblesse morale.

Si la logique seule réglait la marche des choses humaines, ce double changement dans la nature de la tutelle en général aurait eu pour conséquence l'abolition de la tutelle des femmes. La tutelle des femmes, en effet, n'avait désormais plus de raison d'être : on ne pouvait la justifier, ni par l'intérêt de la famille, car les fonctions de tuteur avaient cessé d'être un droit pour devenir une charge; ni par l'intérêt de la femme elle-même, car la femme n'en

[1] Ordonnance impériale de 1548, tit. 31 § 2 : « Dasz ein jeglicher Vormunder,... sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirit und befohlen. »

Bien avant cette ordonnance et dès le XIIIe siècle, cette règle est déjà établie dans un grand nombre de coutumes, comme celle de Berne (Berner Handfeste, 1218, art. 50), — de Sarrebruck (Saarbruck. Land., 1321, c. VI, § 1), — d'Erfurt (Erfürt. Stadtr., 1306, art. 9), — de Francfort, 1509. — Cpr. Heineccius, *de suprema principum magistratuumque tutela*, § 13-15.

[2] Voy. *supra*, p. 198 et suiv.

avait plus besoin, et jamais ni le droit romain ni le droit germanique ne l'avaient considérée comme dépourvue de l'intelligence nécessaire pour gouverner sa personne et ses biens. Et cependant cette antique institution se maintint longtemps encore, comme par la seule force de l'habitude. Mais ce qui prouve bien qu'elle était devenue étrangère aux besoins et aux idées du temps, c'est qu'à partir du treizième siècle, les juristes ne savent plus en comprendre ni l'origine ni la nature. Ils vont en rechercher la source dans les Pandectes et dans l'Édit des préteurs romains, et la cause dans l'inexpérience et la fragilité du sexe[1]. Altérée et faussée par ce mélange d'idées romaines, la tutelle germanique a décliné de siècle en siècle. Il n'est pas sans intérêt de suivre les diverses phases de cette transformation et de cette décadence.

I. A la fin du moyen âge, la tutelle des femmes avait déjà disparu d'une partie de l'Allemagne. On n'en trouve plus de trace dans les monuments juridiques de la Franconie et de la Bavière[2]. Ailleurs elle a perdu de son énergie : on permet à la femme de choisir elle-même son tuteur, comme à Soest et à Magdebourg[3], ou même, comme à Gozlar ou à Erfurth[4], on l'autorise à renoncer à son gré au bénéfice de la tutelle et à agir seule quand bon lui semble.

D'autres coutumes, moins nombreuses, cédant sans doute à l'influence des idées romaines[5], exagèrent au contraire la rigueur de l'ancienne tutelle germanique, et, assimilant la femme à l'impubère, exigent qu'elle soit assistée de son tu-

[1] Sachsensp., II, 63 § 1.

[2] Kraut, *die Vormundschaft*, t. II, p. 267.

[3] Magdebürg. Recht v. 1304, § 131 (Gaupp, *das Magdeb. u. Hall. R.*, Breslau, 1826, p. 314) : « Hat ein vrowe icht zu voderne vor gerichte, da muz sie einen vormunden umme nemen, swer her ioch sie. » — Aude Schræ v. Soest, art. 165 (Giraud, *Hist. du dr. franç.*, Paris, 1845, t. I, *preuves*, p. 33). — Glogau. Rechtsb., c. 90 (Wasserschleben, *Rechtsquellen*, Giessen, 1860, p. 12).

[4] Gozlar. Stat. (Gœschen, Berlin, 1840, p. 77, l. 46) : « Wel se aver selve antwarden dat mach se don. » — Erfurt. Stat. v. 1306, art. 26 (Walch, *verm. Beitræge*, Iéna, 1771, t. I, p. 110).

[5] Ce qui trahit cette influence, c'est que ces mêmes coutumes admettent la tutelle testamentaire. Kraut, *die Vormundschaft*, t. I, p. 212.

teur, même dans les actes extrajudiciaires, tels que contrats et obligations. Ce sont certains statuts de la Frise [1] et des villes hanséatiques, Lubeck, Hambourg, Brême et Revel [2].

Entre ces deux classes de coutumes extrêmes se place le droit commun, représenté surtout par les *Miroirs* de Saxe et de Souabe. Ici, comme dans l'ancien droit germanique, la tutelle est toute judiciaire : « Aucune fille ni femme ne peut agir en justice sans un tuteur, mais ni la fille ni la veuve n'a besoin de tuteur pour aliéner son bien [3]. »

Ce tuteur judiciaire, c'est pour la fille son plus proche agnat [4], pour la femme son mari lui-même; la puissance maritale, dans l'esprit comme dans la langue du droit germanique, est une véritable tutelle, mais une tutelle avec des pouvoirs plus étendus : en Allemagne comme en Angleterre, le mari est saisi de tous les biens de la femme par l'effet seul du mariage [5]. A défaut de mari ou d'agnat, la femme pouvait choisir le tuteur à son gré et en changer pour chaque affaire [6]. Au reste tout tuteur devait être con-

[1] Emsiger Pfenningsch., § 11; die acht Domen, I (Richthofen, *Friesische Rechtsquellen*, Berlin, 1840, p. 196, 420).

[2] Lüb. R. cod. I, 21 (Hach, Lubeck, 1829, p. 191) : « Nulla mulier potest bona sua impignorare, vendere vel dare sine procuratore, nec aliqua mulier potest carius fidejubere quam pro duobus nummis et dimidio sine mundibordio suo, id est *Vormunde.* » — Hamburg. Stadtr. v. 1270, V, 3 (Lappenberg, Hambourg, 1845) : « Noch pape noch vrouwe... mach... gud uplaten noch vorgeven ane Vormund. » — Hartung, *de Cura sexus... speciatim Hamburgensis*, Gœtting., 1791, p. 69; — Bunge, *die Quellen des Revaler Stadtrechts*, Dorpat, 1842-46, Heft., I, p. 10.

[3] Sachsensp., I, 46 : « Megede unde wif muten aver vormunden hebben an iewelker klage; » — I, 45 § 2 : « Megede aver unde ungemannede wif verkopen ir egen ane ires vormünden gelof, he ne si dar erve to. » — Eisenachisches Rechtsb., I, 121 (Ortloff, Iéna, 1836, p. 54) : « Dye meyde und ouch die ledigen frowen, die zu iren jarin kommen sint, die mogin er gut vorgebin, vorkouffen, adder vorsetzin ane erin formunden. »

[4] Sachsensp., I, 23. — Si en ce cas le tuteur pouvait s'opposer parfois à l'aliénation du propre de la femme, c'était en sa qualité, non de tuteur, mais d'héritier présomptif. Sachsensp., I, 45 § 2.

[5] Sachsensp., I, 31 § 2 : « Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter *vormuntscap.* » — Schwabensp., c. 313, § 1 : « Ein wîp mac ân irs mannes urlop ir guotes niht hin gegeben, weder eigen noch lîpgedinge, noch zinsguot noch varende guot; daz ist dâ von, daz er ir *voget* ist. »

[6] Sachsensp., I, 47 : « To iewelkeme dinge mut de richtere wol sunderlike vormünden geven. »

firmé par le juge et pouvait, en cas de mauvaise gestion, être révoqué par lui [1] : cette révocation, quand elle s'appliquait à la tutelle du mari, équivalait à notre séparation de biens judiciaire [2].

II. A partir du seizième siècle, les vieilles traditions germaniques s'effacent de plus en plus, et les romanistes, maîtres des écoles, et, en grande partie, des tribunaux, s'efforcent de transformer en institutions romaines toutes les institutions nationales. Rien n'est plus curieux, à cet égard, que la façon dont on essaya de travestir à la romaine la vieille tutelle germanique. Comme la seule tutelle qu'on pût trouver aux Pandectes était celle des impubères, il fallait pour régler la tutelle des femmes d'après le droit romian, assimiler les femmes aux impubères, et le pédantisme des docteurs de ce temps ne recula pas devant cette conséquence. Incapable de s'obliger pour autrui d'après le sénatus-consulte Vélléien, la femme fut déclarée également incapable de s'obliger pour elle-même : on décida que, comme le mineur elle ne pouvait faire sa condition pire et on la *restitua* contre les actes mêmes que son tuteur avait confirmés [3]. On emprunta à l'antique formalité de l'*auctoritas tutoris* ses règles les plus subtiles pour les appliquer à la nouvelle tutelle [4].

Enfin on alla jusqu'à imposer à la femme l'obligation de rendre compte à son tuteur, et de l'administration de ses revenus et même de sa conduite personnelle. « Précieux usage, s'écrie un juriste allemand du dix-septième siècle, aussi utile au maintien des bonnes mœurs qu'aux intérêts

[1] Schwabensp., c. 324, § 12 : « Wer seyn treue nit behaltet an den kinden oder an der frauen, der er pfleger ist, den soll man palmunden. » — Sachsensp., I, 41 : « Man sal ine balemünden, dat is, man sal ime verdelen al vormuntscap. »

[2] Schwabensp., c. 313 (ed. Senckenberg).

[3] Jacobi, *de in integ. restitutione mulierum*, Vitteberg., 1671. — D'après Thomasius (*de exiguo usu scti Velleiani*), cette doctrine aurait été admise en jurisprudence, au commencement du XVIIIe siècle : « Quæ sententia etiam hodie (a. 1707) plerumque est recepta. »

Dans tous les cas, cette étrange doctrine n'a pas prévalu longtemps, car un demi-siècle plus tard les praticiens la rejettent comme une hérésie. Rœslin, *weibliche Rechte*, t. II, p. 5.

[4] Voy. les décisions judiciaires citées par Rœslin, t. I, p. 203.

des filles et des veuves et qui, oh douleur! n'est plus aujourd'hui observé nulle part[1]. »

La pratique et la jurisprudence ne tardèrent pas, en effet, à protester contre l'absurdité d'une doctrine qui prétendait imposer à l'Allemagne, au nom des lois romaines, des institutions que ni les Allemands ni les Romains eux-mêmes n'avaient jamais connues. En exagérant la tutelle des femmes, on ne fit qu'en précipiter la décadence. Nombre d'États la rayèrent de leurs codes, et une des questions les plus débattues entre les juristes allemands du dernier siècle était celle de savoir si la tutelle des femmes était une institution générale et de droit commun, ou une institution locale et de droit exceptionnel. Rien de plus confus, en effet, que le tableau des divers statuts de l'Allemagne à cette époque : ici, c'est une sorte de tutelle à la romaine, qui retient la femme dans une perpétuelle minorité[2]; là ce n'est plus que la tutelle judiciaire des anciennes coutumes germaniques[3]; ailleurs, elle est facultative, et la femme peut à son gré s'y soumettre ou s'y soustraire[4]; ailleurs enfin elle a complètement disparu[5].

III. Aujourd'hui la question de savoir si la tutelle des femmes est de droit commun ou de droit local a cessé d'être douteuse : cette tutelle n'est plus qu'une exception qui devient chaque jour plus rare. Elle a été successivement supprimée dans le royaume de Wurtemberg, dans le duché de

[1] « Quod, proh dolor! apud nos et in vicinis locis magna viduarum pernicie ex usu recessit, magna utilitate reducendum. » Mevius, *ad J. Lubec.*, I, 7, art. 4, n. 10.

[2] A. Ulm. Ges. u. Ordnung. v. 1612, th. II, tit. 13, § 2 : « Vœgt... von der Wittib aller Jæhrlich erbar und aufrechte Rechnung, von stucken zu stucken, eygentlich mit gutem Verstand nemen, und zuvorderst gute Achtung und Aufmerkan haben, ob es um die Wittib wol oder übel stehe... » Les pouvoirs du tuteur étaient aussi fort étendus dans le Wurtemberg (Würtemb. Landrecht v. 1610, th. II, tit. 26), le pays de Bade (Bad. Landrecht v. 1710, th. IV, tit. 31, § 2, Bad. Verordn. v. 11 Jun. 1789, § 18) et les villes hanséatiques (Lüb. rev. R. v. 1568, th. III, tit. 6, § 13; Hamburg rev. R. v. 1603, th. II, tit. 7, § 8).

[3] Dans la Saxe, le Palatinat, etc. Voy. les textes dans Rœslin, t. I, p. 91 et suiv.

[4] En Prusse. Kœnigl. Justiz-regl. v. 1739, § 142. Voy. aussi Rœslin, t. I, p. 103 et suiv.

[5] En Autriche (Ordnung. u. Reform. d. Niederœsterreich. Graffsch. v. 1552), — en Bavière (Gerichtsordn. d. Churfürst. Bayern, tit. IV, art. 2), etc. — Voy. Rœslin, t. I, p. 106 et suiv.

Bade, dans le royaume et les duchés de Saxe[1]. Dans les quelques États où elle existe encore[2], elle se réduit à une formalité. « La femme, dit M. Kraut, choisit pour son tuteur qui bon lui semble; si par hasard il lui résiste, elle le révoque aussitôt pour en prendre un autre plus complaisant. Souvent même, dans les actes judiciaires, c'est à l'huissier, c'est au premier assistant venu qu'on fait jouer le rôle de tuteur. » La seule tutelle qui soit encore sérieuse et efficace, celle du mari sur la femme, n'est autre chose que la puissance maritale, et ne diffère pas dans ses effets, comme l'ont remarqué les Allemands eux-mêmes[3], de l'autorisation maritale de notre code Napoléon.

Ainsi la tutelle des femmes a subi le même sort en Allemagne que le sénatus-consulte Velléien. Les deux institutions se sont perpétuées jusqu'à nos jours, mais en s'altérant et en devenant de pures formalités, aussi vides d'utilité réelle que pleines de pièges et de dangers. Du moment que la femme est devenue maîtresse de choisir son tuteur à son gré et de renoncer à son gré au sénatus-consulte, le sénatus-consulte et la loi sur la tutelle ont cessé de protéger la femme et n'ont plus été qu'un piège pour ceux qui plaident ou contractent avec elle. Ces deux lois ont fait leur temps, et bientôt, en Allemagne comme en Angleterre et en France, la capacité de la femme, en dehors du mariage, ne différera plus de celle de l'homme.

[1] Würtemb. Entwicklungsges. v. 21 Mai 1828, art. 2-4; Bad. Ges. v. 25 Aug. 1835; Code Napoléon pour le grand-duché de Bade, art. 776; Herz. Sachs.-Altenburg. Ges. v. 18 Nov. 1836; Kœnig. Sachs. Ges. v. 8 Jan. 1838; Grossherz. Sachs.-Weimar-Eisen. Ges. v. 2 Febr. 1839. La loi de Saxe-Altenbourg, tout en affranchissant les femmes de la tutelle, leur impose cependant l'assistance d'un conseil dans les contrats qu'elles passent avec leurs maris ou dans l'intérêt de leurs maris. Voy. aussi Code Napoléon für Baden, § 515.

[2] Comme dans les villes hanséatiques, dans une partie du Hanovre, etc. Voy. Kraut, *die Vormundschaft*, t. II, p. 313, 316; Zœpfl, *de tutela mulierum german.*, Heidelberg, 1828. — * Récemment la tutelle des femmes a été supprimée dans un certain nombre de cantons Suisses, à Bâle-ville, en 1876 (*Annuaires de la Société de législation comparée*, année 1877, p. 571), à Argovie, en 1877 (*Annuaires*, année 1878, p. 618), à Bâle-campagne, en 1879 (*Annuaires*, année 1880, p. 622).

[3] Zœpfl, *deutsche Rechtsgeschichte*, I, 59.

CHAPITRE IV.

ITALIE.

I.

Nous voici enfin revenus à cette terre classique qui fut la patrie du droit romain, et, durant tant de siècles, le centre du monde. Ces jours de gloire ne sont plus : l'empire des Césars a succombé, Rome est redescendue au rang d'un simple municipe, et les autres cités italiennes gémissent sous le joug des Barbares. Mais, même dans cet abaissement, l'Italie a encore retenu quelques vestiges de sa grandeur passée. La nuit qui couvrit l'Europe quand la civilisation antique s'éclipsa, ne fut pour l'Italie, comme on l'a dit avec bonheur[1], « qu'une de ces nuits d'été des régions polaires, où les dernières lueurs du couchant se sont à peine effacées à l'horizon, que déjà commence à poindre une nouvelle aurore. » Longtemps après l'invasion barbare, l'Italie conservait encore, sous l'autorité des exarques grecs, tout ce qui avait survécu des arts et des lettres antiques; et deux siècles avant la Renaissance, l'antiquité revivait déjà dans les monuments de Nicolas de Pise et dans le poëme de Dante, comme dans l'enseignement des jurisconsultes de Bologne et de Padoue.

Aussi est-ce l'Italie qui, riche encore des plus précieux débris du passé, est restée, dans la barbarie et les ténèbres du moyen âge, le centre de la civilisation et le foyer des lumières. C'est de l'université de Bologne que partaient

[1] Macaulay, *Machiavelli* (Edinburgh Review, March, 1827).

ces glossateurs qui, propageant partout la science du droit romain, poussèrent dans de nouvelles voies toutes les législations européennes. C'est de Rome que partaient ces canons et ces décrétales qui imposèrent des institutions, une procédure, une jurisprudence nouvelle à toutes les nations catholiques. C'est à Rome encore, devant le tribunal de la Rote, qu'affluaient, de tous les points de l'univers chrétien[1], les litiges les plus graves par leur difficulté ou leur importance... Il n'est pas jusqu'aux lois barbares elles-mêmes qui n'aient revêtu, sous la plume des jurisconsultes italiens, une forme plus régulière et plus savante, et le Livre des fiefs, œuvre des juristes lombards, a mérité de prendre place dans le corps des lois romaines comme le code universel de la féodalité[2]. En un mot, c'est dans les écoles et les tribunaux de la savante Italie que s'élabore ce qu'on pourrait appeler le droit commun de l'Europe au moyen âge.

Mais ce que nous voulons étudier ici, ce n'est pas ce droit commun des nations européennes, c'est la législation particulière à l'Italie. Une telle législation existe-t-elle? l'Italie a-t-elle vraiment, comme la Scandinavie ou l'Angleterre, un droit qui lui appartienne en propre et qu'on puisse qualifier de droit italien? On est tenté d'en douter lorsqu'on jette un regard superficiel sur l'histoire de cette contrée. Il semble qu'un pays que tant de maîtres étrangers se sont disputé et partagé tour à tour, ait dû changer incessamment de lois comme de maîtres, et ignorer, du moins jusqu'à ces derniers jours, les bienfaits d'une loi civile uniforme et nationale. Mais ces apparences sont trompeuses : le droit civil, dans l'humble sphère où il se renferme, demeure à l'abri des brusques orages qui agitent et bouleversent le droit politique; expression fidèle et constante du

[1] Voy. dans le Recueil des ordonn. des rois de France (t. XII, p. 152), la lettre de Charles VI (an 1387), qui défend qu'on évoque à l'avenir, en cour de Rome, les cas dont la connaissance appartient à ses juges.

[2] Guy Pape, *quæst.* 297 : « Constitutiones feodales, clausæ in libris feudorum, faciunt jus commune apud omnes,... et sicut jus scriptum servantur. »

caractère d'une nation, il ne se transforme qu'avec lui, c'est-à-dire par un progrès lent et régulier. Sous les formes si variées et si mobiles que la loi italienne a revêtues, on retrouve un fonds solide et persistant : ce sont les traditions léguées par l'ancienne Rome. Ces traditions étaient pour l'Italie comme un patrimoine domestique, et elle a mis son honneur à en conserver, dans des âges de ténèbres et de violence, le glorieux dépôt. Malgré la chute de l'Empire, malgré tant d'invasions répétées, elle est toujours restée latine, dans son droit comme dans sa littérature, dans ses arts et dans ses mœurs. Il n'est pas de pays en Europe qui ait été si souvent la proie des Barbares, et cependant il n'en est pas qui ait gardé si peu de traces de leur passage. Ces rudes guerriers du Nord, une fois descendus dans la molle Italie, fondaient comme une avalanche de neige dans la tiède atmosphère des vallées. « Quiconque se mêle aux Italiens, disait le Goth Cassiodore, devient bientôt le sujet de la loi romaine[1]. » Les Lombards eux-mêmes, les plus féroces d'entre les Germains, ne purent résister longtemps à cette influence; d'ailleurs, ils ne parvinrent jamais à réduire l'Italie tout entière, et même aux jours les plus sombres de la tyrannie lombarde, un reflet de la civilisation grecque éclairait encore la côte orientale de la Péninsule depuis Bari jusqu'à Ravenne.

Enfin, quelques siècles plus tard, lorsque la paix de Constance eut délivré les villes italiennes du joug de l'étranger et les eut rendues maîtresses de leurs destinées, on les vit revenir aussitôt, comme par un mouvement naturel, à ces institutions de l'antiquité dont elles n'avaient jamais perdu la mémoire. Du milieu de la barbarie féodale qui pesait alors sur toute l'Europe, l'on vit surgir soudain, dans la Lombardie et la Toscane, un groupe de petites républiques organisées sur le modèle des démocraties grecques et latines[2]. Rien ne manque à la ressemblance, on retrouve

[1] « Juri romano servit quidquid sociatur Italiæ. » *Varia*, I, 27; III, 43.

[2] Othon de Freisingen, *de gest. Frider.*, I, p. 240 (Basil., 1569) : « In civitatum

dans ces nouveaux municipes, et les comices populaires, et les consuls annuellement élus par le peuple, et les magistrats chargés de veiller sur les mœurs, et les lois somptuaires, tout, jusqu'aux arts délicats, jusqu'aux mœurs élégantes et corrompues de la civilisation païenne. La liberté dans ces démocraties comme dans celles de l'antiquité, n'est que la participation de tous les citoyens à l'exercice d'une puissance publique souvent inquisitoriale et oppressive : la loi recherche et punit les célibataires, elle taxe les présents de noce, elle limite le nombre des convives dans les festins. Le droit public domine et absorbe le droit civil, et la femme, comme dans les cités antiques, est tenue dans l'incapacité et la dépendance[1].

Cependant, il est deux éléments nouveaux qui sont venus de bonne heure se joindre à l'élément antique et romain dans la formation de la loi italienne : je veux parler du droit lombard et du droit canonique. Mais ni le droit canonique ni le droit lombard n'ont exercé en Italie l'influence prépondérante que leur attribue l'opinion commune.

On est porté à croire, au premier abord, que nulle part le droit canon n'a dû trouver des sujets si dociles que dans la capitale du monde catholique et dans les pays placés sous l'autorité directe ou sous l'influence immédiate du Saint-Siège. C'est là un préjugé que l'histoire dément et que la réflexion suffirait pour dissiper. Rien n'est plus incompatible avec une théocratie que les institutions démocratiques et l'esprit remuant des républiques italiennes. Il était plus facile aux souverains pontifes de se faire respecter au loin que de se faire craindre chez eux, et tel

quoque dispositione ac reipublicæ conservatione, antiquorum adhuc Romanorum imitantur solertiam. »

[1] Plusieurs de ces statuts ont été récemment réimprimés. Voy. notamment : Monumenta hist. patriæ (leges municipales, liber jur. reip. Genuensis), Aug. Taur., 1838-57; Statuti inediti di Pisa, ed. Bonaini, Florence, 1854-57, t. I et III; Monumenta hist. ad provinc. Parmensem et Placentinam pertinentia (Statuta), Parmæ, 1856-60; Consuet. Baresi, ed. Petroni, Naples, 1860; Statuti di Riva, ed. Gar et Cresseri, Trente, 1861. — * La publication des anciens statuts des villes italiennes a été continuée depuis lors; elle se complète tous les jours.

pape dont la voix était redoutée jusque sur les bords de la Tamise ou de l'Oder, était lui-même forcé de trembler ou de fuir devant ses sujets révoltés. Aussi le droit canonique n'a-t-il jamais occupé, dans la législation italienne, qu'une place secondaire, au-dessous du droit romain et des statuts municipaux. A Rome même, quand le sénateur venait prêter au Capitole le serment que lui imposait la loi de la cité, il jurait de faire observer avant tout le droit civil, c'est-à-dire l'ancien droit romain, et, à défaut seulement, le droit canonique[1].

L'action exercée par le droit lombard fut plus violente sans être plus profonde. L'invasion des Lombards sembla d'abord tout engloutir; mais la civilisation romaine, un moment couverte par le flot dévastateur, reparut peu à peu à mesure que le torrent s'écoula et rentra dans son lit. Les institutions féodales dont le droit lombard avait déposé la semence, ne purent jamais fructifier en Italie comme dans les pays du Nord. La féodalité, pas plus que la théocratie, n'était compatible avec les mœurs démocratiques des cités italiennes. Dans ces cités, ce n'était point aux armes, mais aux richesses qu'appartenait la puissance. Le pouvoir féodal, tout-puissant partout ailleurs, s'inclinait ici devant le pouvoir populaire : tandis que les humbles communes du Nord, encore mal affranchies du servage, avaient besoin de placer leurs libertés naissantes sous la tutelle d'un suzerain en Italie, au contraire, c'étaient les nobles qui venaient briguer le droit de bourgeoisie et mettre leur épée au service de la cité. Parfois même ces démocraties ombrageuses repoussaient les nobles de leur sein ; les excluaient de toute participation aux droits politiques, et déclaraient nobles les citoyens suspects qu'elles voulaient dégrader ou bannir[2].

[1] Stat. urbis Romæ, 7 (ed. Fenzonio Romæ, 1636, p. 31) : « Senator... juret... statuta facta et facienda, ut jacent,... et in casibus in quibus statuta aliquid non disponunt, jura civilia, et in eorum defectum, jura canonica observare et observari facere. »

[2] « Chi teneva una casa nella città, era uguale al possessore d'un castello, » disait un ancien proverbe piémontais. Sclopis, *Storia dell'antica legislazione del Piemonte,* Turin, 1833, p. 320.

Aussi, dès le douzième siècle, le droit féodal et lombard ne figurait-il plus dans les statuts municipaux que comme un droit subsidiaire[1] et, dans la suite, il s'effaça de plus en plus, à mesure que les statuts eux-mêmes disparurent pour faire place aux codes généraux aujourd'hui en vigueur. Nous devons donc, en entrant dans la partie spéciale de notre sujet, distinguer trois époques capitales dans l'histoire de la législation italienne : l'époque des lois lombardes, qui ouvre le moyen âge; celle des statuts municipaux, qui marque à la fois la fin du moyen âge et le commencement des temps modernes; enfin celle des codes généraux, qui forment la législation contemporaine[2].

II.

Il ne sera pas, je crois, hors de propos d'entrer ici dans quelques développements spéciaux sur la loi lombarde. Cette loi est d'une importance capitale pour le sujet qui nous occupe : car elle est la seule, entre toutes les lois germaines, qui contienne sur le droit des femmes un ensemble de dispositions systématique et complet. Aussi la plupart des jurisconsultes qui ont étudié la condition de la femme dans l'ancienne Germanie, n'ont-ils pris d'autre guide que les lois de Rotharis et de Luitprand. En traitant naguère le même sujet, j'ai cru devoir suivre une voie différente, et j'ai essayé de prouver que le plus sûr chemin pour pénétrer jusqu'aux origines du droit germanique est l'étude des codes scandinaves. Je voudrais maintenant compléter cette preuve et montrer qu'on a fait fausse route en allant chercher ces origines dans le droit des Lombards[3].

[1] Voy. *infrà*, p. 300. Le *Jus feudorum* lui-même s'appuie sur la loi romaine et y renvoie. L. II, tit. 1.

[2] * Sur l'histoire de la législation italienne, voir, outre les ouvrages cités par M. Gide : Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell' imperio romano alla codificazione;* — La Mantia, *Storia della legislazione civile et criminale di Sicilia comparata colle leggi italiane e estere.*

[3] * Cf. Pertile, *Storia del diritto,* §§ 102, 109, 110, tome III, p. 201, ssq.; 262, ssq.

La question n'est point oiseuse, et la différence est grande entre les deux lois que je compare : autant la loi scandinave était douce et généreuse pour la femme, autant la loi lombarde va se montrer rude et sévère, et c'est précisément dans sa rudesse que l'on a cru voir la marque de son antiquité. Mais cette induction est-elle bien sûre? N'avons-nous pas déjà reconnu, au contraire, que la condition de la femme subit le plus souvent un abaissement momentané, lorsque les peuples ont déjà quitté la vie patriarcale sans être entrés encore dans la vie civilisée? Tel était précisément l'état des Lombards lors de leur établissement en Italie : ils avaient abandonné ces institutions primitives que décrivait Tacite et que nous avons retrouvées chez les Scandinaves; les nécessités de la conquête avaient introduit chez eux un régime bien plus dur pour les femmes que l'état patriarcal, je veux dire le régime militaire.

A l'indépendance presque désordonnée de la famille germaine, avaient succédé, chez les Lombards, la forte hiérarchie de l'armée et l'exacte discipline des camps. Le Germain n'appartenait qu'à sa famille, le Lombard est avant tout un soldat et appartient à son chef. Quiconque n'est pas soldat, est privé de toute capacité civile et placé sous la puissance d'un tuteur. Mais cette tutelle a cessé d'être un droit de famille et une sorte de propriété domestique : le tuteur suprême, c'est le chef de l'armée, c'est le roi, et si les parents de l'incapable négligent de le défendre ou abusent de leur pouvoir sur lui, le juge royal les exclut ou les dépouille de leur tutelle, et leur pupille devient le pupille du roi.

Ainsi nous retrouvons chez les Lombards cette tutelle perpétuelle des femmes, ce *mundium*, commun à toutes les nations germaines; mais le *mundium* a contracté chez ce peuple un caractère nouveau : ce n'est plus un pouvoir domestique fondé sur l'intérêt de la famille, c'est plutôt un pouvoir militaire fondé sur l'intérêt de l'État, De là, comme on va le voir, une dépendance plus absolue pour la femme, une responsabilité plus étroite pour le tuteur.

La femme soumise au *mundium* est frappée par la loi lombarde d'une incapacité absolue : elle ne peut rien aliéner sans son tuteur, fût-elle majeure et veuve, pas même un objet mobilier [1]. La loi la réduit à un état purement passif, à tel point que, si elle a commis quelque délit, c'est le tuteur qui en répond pour elle, tout comme le propriétaire répond du dommage causé par son esclave ou par sa bête [2]. Est-il besoin de rappeler combien, sur tous ces points, notre loi s'écarte de toutes les autres lois germaines?

Le *mundium* lombard pèse non-seulement sur la personne de la femme, mais sur ses biens. Le tuteur est saisi du patrimoine de sa pupille, il l'administre, il en jouit, il en hérite [3], et si la pupille reçoit quelque injure et a droit à une indemnité, c'est au tuteur qu'elle est payée [4]. Tout ceci encore est particulier au code lombard : entre tous les codes germaniques, c'est le seul qui ait fait du droit de succession légitime une dépendance et un bénéfice du *mundium* [5].

Le *mundium* est donc devenu un droit lucratif, une sorte de propriété; il peut, comme tout autre bien, se vendre, s'acheter, se revendiquer en justice. Rien de plus curieux à ce sujet que les formules lombardes : l'on y voit le père et le mari revendiquer leur fille ou leur femme par la même procédure qu'un propriétaire qui réclame sa maison ou son champ [6]; l'on y voit le tuteur céder sa pupille à un nouveau tuteur exactement dans les mêmes formes qu'emploie le

[1] Edict. Rothar., 205 : « (Mulier) semper sub potestate viri aut potestate curtis regiæ debeat permanere; nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cujus mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi. »

[2] L. Liutpr., 146.

[3] Ce droit de succession, absolu dans l'origine (Ed. Rothar., 188; Gloss. Veronens. ad. Ed., 153, *ap.* Walter, t. I, p. 704), a été restreint pas Luitprand. L. Liutpr., 14.

[4] Il en est de ce droit comme du précédent : absolu dans l'origine (Ed. Roth., 186, 187, 202), restreint plus tard. L. Liutpr., 31.

[5] Kraut, *die Vormundschaft*, Gœtt., 1835, t. I, p. 392.

[6] Ed. Rothar., 182, form. 2, 3 (Walter, t. I, p. 712) : « Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine Dariam suam mundoaldam. Ipsa mea est mundoalda... »

propriétaire d'un esclave pour le vendre à un nouveau maître[1]. Ce transfert du *mundium* a lieu notamment quand la pupille est donnée en mariage, *tradita ad uxorem* : le tuteur vend au nouvel époux, moyennant un certain prix, le droit de *mundium* sur la mariée. Arrêtons-nous sur ce point : il n'est pas de disposition dans les lois lombardes qui ait occasionné plus de méprises et suscité plus de débats.

Les uns ont confondu ce transfert du *mundium* avec le mariage lui-même et ont pensé que chez les Lombards, comme chez les peuplades primitives, le mariage s'accomplissait par l'achat de la mariée. Mais la loi lombarde n'est point si primitive ni si grossière qu'on le suppose; dans cette loi, l'achat du *mundium* et le mariage sont deux actes distincts et indépendants. Cet achat est pour l'époux lombard ce qu'était pour le Romain, au temps des XII Tables, l'acquisition de la *manus :* tant que l'époux n'a pas payé le *mundium,* l'épouse demeure sous la tutelle de ses parents, qui continuent à jouir de ses biens et en héritent après sa mort; dès qu'il a payé son prix d'achat, il est saisi de tous les biens de sa femme et succède seul à ces biens quand elle meurt[2].

Il est une autre confusion non moins commune et non moins dangereuse : c'est celle qui indentifie le paiement du *mundium* et la *meta,* c'est-à-dire la donation que fait le mari à sa nouvelle épouse. Au dire de nombreux auteurs, la *meta* ne serait que le *mundium* épuré et transformé : le prix d'achat de la fiancée se serait peu à peu changé, par le progrès des mœurs, en une donation offerte à la fiancée elle-même. Mais pour qu'il en fût ainsi, pour que ces deux

[1] Form. longob. 21 (Walter, t. III, p. 557) : « Seneca, per hanc crosnam, mitte sub mundio hanc cum omnibus rebus... quæ ei pertinent, et mundium et crosnam trade... » — Ed. Rothar., 183 : « Ipsa per manum retradatur sicut priori (mundoaldo) tradita fuerit. Nam aliter sine traditione nullam rerum dicimus subsistere firmitatem. »

[2] Ed. Rothar., 188, form. 2 : « Petre, te appellat Martinus, quod tu tenes sibi « terram » malo ordine in tali loco. — Ipsa terra mea propria est de parte meæ mulieris. — Non debes eam succedere quia non fecisti mundium. — Aut probet quod mundium fecit, aut perdat terram per hanc legem. »

institutions fussent, non pas contemporaines, mais successives et issues l'une de l'autre, il faudrait le concours de deux conditions : 1° que la *meta* n'existât pas encore à l'origine; 2° que le *mundium* eût dans la suite cessé d'exister. Or ces deux conditions font également défaut : il est certain que la *meta* existait déjà au temps de Tacite[1], et il n'est pas moins certain que le *mundium* existait encore, dans son ancienne forme, au temps de Grimoald et de Luitprand[2].

Ainsi le transfert du *mundium* ne peut pas plus se confondre avec la constitution de la dot qu'avec la célébration du mariage; il constitue un acte à part, qui, par sa forme et ses effets, est particulier à la loi lombarde[3].

Les effets du *mundium*, étant indépendants du mariage, ne cessent pas avec sa dissolution : quand le mari vient à mourir, ses héritiers succèdent à son *mundium* comme à ses autres biens. Le *mundium* est, en effet, un droit pécuniaire, acquis à prix d'argent, qui tient, non pas à la personne du mari, mais à son patrimoine et fait partie de la succession. La veuve demeure donc dépendante, incapable, étrangère à sa propre famille, et, si elle se remarie, ce sont les héritiers du premier mari qui la donnent à son nouvel époux, et reçoivent de lui le prix du *mundium* qu'ils lui revendent[4]. On n'a pas oublié que, dans les codes scandinaves au contraire, la veuve est affranchie de la tutelle, retourne dans sa propre famille et devient tutrice de ses enfants.

Mais quelque étendu que soit le droit du tuteur sous la loi lombarde, ce n'est cependant pas un droit souverain : une autorité supérieure le contrôle et le domine; c'est celle du roi, qui exerce, par lui ou par ses juges, une haute

[1] Tacite, *de mor. Germ.*, 18.

[2] L. Liutpr., 127, 139.

[3] Peut-être faudrait-il y joindre la loi saxonne (VI, 1; VII, 3; VIII, 1, 3). Cpr. *infrà*, liv. IV, ch. 1, § 1; Rive, *de dote qualis sit in antiquis Germanorum leg.*, Bonnæ, 1852; Schrœder, *de dote sec. leges gentium germanicarum antiq.*, Berol., 1861.

[4] Ed. Rothar., 183 : « ... Ipsa per manum simili modo retradatur sicut priori marito tradita fuerit. »

tutelle sur tous les incapables. Si le tuteur légitime néglige de remplir sa charge, le juge royal intervient et confie la tutelle vacante à un homme de son choix[1]. Si le tuteur légitime abuse de son pouvoir, s'il maltraite ou ruine sa pupille, le juge royal intervient encore et transfère la tutelle en de meilleures mains. Cette déchéance qui menace tout tuteur indigne peut frapper le mari lui-même lorsqu'il manque à ses devoirs conjugaux[2]; nouvelle disposition particulière aux codes lombards et qu'on chercherait vainement partout ailleurs[3].

On a maintenant sous les yeux les traits les plus saillants de la loi lombarde; l'on peut juger combien cette loi, si originale et si caractéristique, se sépare de toutes les autres lois germaines. Entourés et menacés de toute part par cette civilisation italienne aux charmes de laquelle tous les autres Barbares avaient succombé avant eux, les Lombards ne purent résister aux mêmes séductions qu'en exagérant, par une réaction violente, la rudesse de leurs institutions nationales, et en leur imprimant ces formes rigides et contractées qu'elles ne revêtirent jamais chez les tribus paisibles de la Germanie et des États du Nord. Cette nouvelle évolution du droit germanique chez les sauvages compagnons d'Alboin fut comme l'effort violent et suprême d'une institution qui se sent près de périr. Le droit lombard, en effet, n'était point destiné à régner longtemps sur l'Italie : tandis que, au delà des Alpes et dans les pays du Nord, les coutumes germaniques se sont développées de siècle en

[1] L. Longob., II, 48, 1; III, 39.

[2] L. Grimoaldi, 6 : « Si quis uxorem suam absque culpa postposuerit et aliam in domum super eam duxerit,... mundium... mulieris ejusdem quam postposuerit amittat. » — L. Liutpr., 120 : « Mala tractatio est si... vestimentum aut calceamentum, secundum qualitatem personæ vel pecuniæ, mulieri non dederit ». — Les injures sont aussi une cause de déchéance : « Si quis de puella libera aut muliere mundium in potestate habens.., ei crimen injecerit quod adulterasset, tunc amittat mundium ipsius puellæ. — Si quis mundium de puella libera aut muliere habens, eam *strigam*, quod est *masca*, clamaverit,.. amittat mundium ipsius, ut supra. » Ed. Rothar., 195, 197. — Il semble qu'au contraire la déchéance de la tutelle légitime ne pouvait être encourue par le père ou par le frère. Ed. Rothar., 195, 197.

[3] Kraut, t. I, p. 400.

siècle avec les progrès de la civilisation et forment encore une partie considérable des législations contemporaines, en Italie, au contraire, la loi barbare, immobilisée dans les étroites et inflexibles formules du code lombard, a peu à peu cédé la place aux principes plus larges et plus humains de la loi romaine et n'a laissé, dans les codes modernes, que de rares et faibles vestiges de sa domination passagère.

III.

Les premiers monuments législatifs où l'on peut constater ce déclin de la loi lombarde et cette renaissance de la loi romaine, sont les statuts des républiques italiennes. La civilisation antique semblait revivre tout entière dans ces nouveaux municipes qui, au sein de la barbarie du moyen âge, brillaient de tout l'éclat de l'opulence et des arts. Leurs lois civiles, comme leurs lois politiques, étaient celles de l'ancienne Rome, et chacune de ces républiques eût pu inscrire en tête de son code ces mots du statut de Pise : « La loi de cette ville est la loi romaine, mêlée de quelques restes de la loi lombarde [1]. » Mais, chose remarquable, ces rares débris de la loi lombarde que conservèrent les statuts républicains, ce furent précisément les dispositions qui frappaient la femme d'incapacité et d'impuissance : la femme fut plus libre et mieux protégée dans les humbles et pauvres communes des pays du Nord, que dans les riches et florissantes cités de la Lombardie et de la Toscane. Cela ne doit point nous surprendre : si les républiques italiennes avaient l'éclat extérieur des démocraties antiques, elles en avaient aussi les vices cachés; les mœurs y étaient élégantes, mais corrompues [2]; la vie publique y était active et féconde, mais elle

[1] Stat. Pisana ann. 1161, proem. : « Pisana itaque civitas, a multis retro temporibus vivendo *lege romana, retentis quibusdam de lege longobarda...* » — Je cite ce statut et les autres statuts inédits d'après Gans, *das Erbrecht in weltgesch. Entwicklung*, t. III, Stuttgard, 1829.

[2] Les statuts eux-mêmes nous en fournissent de tristes témoignages; l'on y ren-

absorbait le citoyen tout entier et ne laissait plus de place à la vie de famille. En un mot, l'imitation de l'antiquité était complète, dans le mal comme dans le bien, et l'incapacité de la femme en était la conséquence inévitable [1].

Aussi, parmi les anciennes lois lombardes et féodales, en est-il une que nous allons retrouver dans tous les statuts municipaux sans exception : c'est celle qui, dans la dévolution des successions légitimes, fait toujours passer l'homme avant la femme[2]. Presque tous ces statuts réduisent à une simple dot tous les droits que peut avoir la femme sur le patrimoine de sa famille, et se montrent beaucoup plus soigneux d'imposer un maximum à la dot que d'en fixer le minimum[3]. Comment expliquer cette unanimité parmi des coutumes si nombreuses et si diverses? Faut-il l'attribuer, avec la plupart des auteurs, à la persistance des institutions féodales et à l'influence qu'avait conservée la noblesse dans les cités italiennes? Mais nous avons déjà montré que, dans ces cités, ce n'était point à la noblesse, mais à la richesse qu'appartenait le pouvoir. D'ailleurs l'influence féodale n'aurait exclu les femmes que de la succession aux fiefs, les statuts municipaux les excluent également de toute espèce de succession. Ce n'est donc pas dans le régime féodal qu'il faut chercher les causes de cette exclusion, c'est bien plutôt dans l'organisation des républiques italiennes.

contre, par exemple, des dispositions fréquentes et réitérées pour défendre qu'on se livre à la débauche dans les lieux sacrés. Sclopis, *Hist. de la législ. ital.*, t. II, p. 28 (trad. franç., Paris, 1861).

[1] * Pertile, *Storia*, §§ 102, 107, 109, 111, 112, tome III, p. 206, 241, 268, 280.

[2] Stat. Mutinæ, II, 149 (Mutinæ, 1547, t. II, fol. 60) : « Ut consulamus agnationi, quam divitiis abundare valde cupimus, ordinamus... succedant agnati masculi... exclusis sorore vel sororibus, matre, avia... » Stat. Genuæ, V, 2 (Genuæ, 1609, fol. 168); Stat. Cremonæ, 357 (Cremonæ, 1578); Stat. Papiæ, 95 (Ticini, 1590). — « Per universam Italiam, dit le cardinal de Luca (*de statutariis successionibus*, Lugd., 1597, III, 1), jure communia et universalia sunt hujus modi statuta tendentia ad finem conservationis bonorum in agnationibus. »

[3] Ainsi les statuts de Crémone (rubr. 357), de Ravenne (III, 12, 15, *ap.* Fantuzzi, *Monumenti Ravennati*, t. IV), etc., ordonnent que la dot n'excède point la légitime.

Pressés les uns contre les autres sur un territoire trop étroit pour leurs ambitions, chacun de ces petits États poursuivait ardemment le même but, celui d'élever sa puissance et d'abaisser celle de ses voisins; et comme la puissance de ces villes marchandes était dans leurs richesses, chaque cité devait veiller avec un soin jaloux à ce qu'aucune partie de ses richesses n'émigrât dans une cité rivale. De là tant de lois restrictives sur le commerce et la circulation des biens; de là notamment l'exclusion des femmes dans les successions légitimes : on voulait assurer la conservation des biens dans la famille afin d'assurer leur conservation dans la cité. Plusieurs statuts allaient jusqu'à interdire à toute citoyenne d'épouser un étranger[1]. Tous limitaient étroitement la fortune des femmes, en soumettant aux restrictions les plus sévères, non-seulement leur droit aux successions légitimes, mais même les dots et donations qu'elles pouvaient recevoir. Toutes ces restrictions, on le voit, avaient été dictées, non point par l'esprit féodal, mais par l'esprit républicain et ce n'est pas sans raison que Verri les compare aux lois de l'ancienne république romaine : « Nos ancêtres, dit-il, sont revenus à l'antique loi de succession des XII Tables qu'avait abandonnée Justinien[2]. »

Mais il ne suffisait pas d'appauvrir les femmes : il fallait encore, toujours comme dans les démocraties antiques, les tenir dans la dépendance. Aussi voit-on reparaître, dans la plupart des statuts municipaux, l'ancien *mundium* des Lombards. Jusqu'à la fin du moyen âge, on appelait encore, dans la langue vulgaire, *monovaldo* le tuteur de la femme, et *loi lombarde* la coutume qui soumettait la femme à cette tutelle[3]. Ce tuteur, c'est toujours, comme aux siècles de

[1] Il fallait que le mari s'engageât à habiter la cité et fût de plus autorisé par le Podestat. Stat. Pisauri, II, 92, 93 (Pisauri, 1531); Stat. Senogaliæ, II, 116, 117 (Pisauri, 1584).

[2] Verri, *Constit. dom. Mediolan., prodr.*, Mediolani, 1747, p. v : « Quæ omnia manifeste demonstrant, majores nostros maximum atque perpetuum studium contulisse ad agnationem conservandam, pro veteri XII Tabularum jure a Justiniano postea immutato. »

[3] J. Villani, II, 9 (*ap.* Muratori, *rer. ital. script.*, t. XIII, p. 71) : « E feciono

Rotharis et de Luitprand, le père de la femme, son fils, son agnat, son mari. Dans certaines villes, l'autorisation du mari n'est pas jugée suffisante, il faut joindre celle de deux agnats de l'épouse, qui devront s'enquérir si elle agit de son plein gré et si elle ne cède pas à la pression de l'autorité maritale [1]. A défaut de tuteur, le juge peut donner l'autorisation, non pas toutefois sans s'être enquis exactement, auprès des voisins et amis de la femme, des causes et des conditions du contrat [2]. Enfin, certains statuts ne se contentent pas de soumettre les femmes à une tutelle perpétuelle : ils leur interdisent de paraître dans les tribunaux, dans les assemblées publiques, dans les convois funèbres. Il ne manque plus, pour rappeler les républiques de l'antiquité, que le magistrat public chargé « d'apprendre aux maris et aux pères à morigéner leurs femmes et leurs filles, » le *gynaiconomos* d'Athènes ou le censeur romain [3].

Les statuts italiens ont donc conservé presque toutes les dispositions de la loi lombarde qui diminuaient le droit de la femme; qu'ont-ils fait de celles qui établissaient des privilèges en sa faveur? Quelques traces du *morgengab* et de la *meta* apparaissent encore dans les statuts, mais déjà presque effacées par l'influence romaine. C'est en France et dans les pays du Nord que l'institution de la dot germanique, celle qu'apporte le mari, devait se développer et devenir féconde; c'est là qu'elle devait donner le jour au régime conjugal de la communauté. En Italie, au contraire, la dot germanique

la legge que ancora si chiama *Longobarda*, e tengono ancora i Pugliesi e gli altri Italiani in quella parte, dove danno *monualdo*, overo il volgare *monovaldo*, alle donne, quando s'obbligano in alcuno contratto; e fu buona e giusta legge. » — Le mot *mundualdus* se retrouve encore dans les statuts de Florence et de Pistoia des XV^e^ et XVI^e^ siècles. Dans l'ancien statut de Pistoia, du XII^e^ siècle (Muratori, *Antiq. Ital.*, t. IV, *diss.* 50), le *munduald* reçoit encore, en mariant sa pupille, le prix du *mundium* qu'il transfère.

[1] Charta estensis, a. 1017 (Muratori, *Antiq. Ital.*, t. IV, *diss.* 20) : « .... A quibus (germanis meis) interrogata et inquisita sum, si ab ipso jugale et mundoaldo meo, vel a quemlibet hominem, aliquam me pati violentia an non..... »

[2] Stat. Mutinæ, II, 110 (t. II, fol. 48) : « ... Et dictus judex teneatur tunc perscrutari diligenter a dictis vicinis causas contractus, ... in quo ipsius conscientiam oneramus. »

[3] Voy. *suprà*, p. 97.

a peu à peu cédé le terrain à la dot romaine, celle qu'apporte la femme; et le régime dotal romain s'est assimilé le *morgengab* et la *meta*, en leur donnant une forme et une destination nouvelles. Le *morgengab*, dans les statuts, est devenu une *donatio ante nuptias*, simple accessoire et garantie de la dot apportée par la femme; la *meta* est devenue la quarte successorale des Novelles, l'augment de dot de nos pays de droit écrit[1]. Cette influence de la loi romaine commence déjà à apparaître dans la dernière période du droit lombard, dans ces dispositions du roi Luitprand qui limitent, par un maximum infranchissable, le montant du *morgengab* et de la *meta* et interdisent au futur époux toute autre libéralité[2].

Ainsi la loi romaine a reconquis sur l'Italie tout son empire : elle a altéré et transformé à son gré toutes celles des coutumes barbares qu'elle n'a pas détruites. La dot germanique s'est convertie en une *donatio ante nuptias;* le *mundium*, en une tutelle à la romaine, avec *restitution* au profit de la femme lésée[3]; il n'est pas jusqu'aux privilèges des héritiers mâles et des agnats que les interprètes n'aient su ramener aux principes du vieux droit quiritaire. A côté de ces institutions qui n'ont de romain qu'une forme empruntée, il faut placer maintenant celles qui sont romaines d'origine.

C'est d'abord le régime dotal : nous le retrouvons dans les cités italiennes du moyen âge tel qu'il était dans l'ancienne Rome, avec l'hypothèque privilégiée, avec l'inaliénabilité du fonds dotal[4], avec la séparation d'intérêts entre les deux époux et la prohibition des libéralités qui en est la suite. Non contents de maintenir toutes les prohibitions

[1] Stat. Veronæ, 174 (Venet., 1747) : « Faciam (uxores) contentas esse in tantum de bonis mariti, quantum fuerit *dos, et donatio pr. nuptias, meta*, vel *quartisio.* »

[2] L. Liutpr., II, 1; VI, 35.

[3] Décret de Fr. Sforza, 1457 (Cremon., 1578, p. 259) : « Ne mulieres inducantur ad faciendum contractus ex quibus lædantur, cum non intelligant quid faciant, propter quod multæ deceptæ et fraudatæ fuerunt ».

[4] Le consentement de la femme ne peut valider l'aliénation. — De Luca, *Theatrum ver. et just., lib.* VII, *de alien.*, pars III, c. 5.

de la loi romaine, les statuts en ont même parfois exagéré la rigueur : toujours attentifs à empêcher le déplacement des fortunes et l'appauvrissement de la cité, ils interdisent aux époux jusqu'aux donations testamentaires ; ils poussent la méfiance jusqu'à réglementer minutieusement et les présents de noces et le trousseau de la mariée[1].

Enfin une dernière loi prohibitive vient compléter le régime dotal et garantir contre les abus de l'influence maritale le patrimoine de la femme : c'est le sénatus-consulte Velléien. Il règne sur l'Italie tout entière. La doctrine qui l'interprète est encore celle qu'avaient formulée les glossateurs et dont j'ai donné un aperçu en parlant des législations allemandes. Toutefois l'Italie était restée bien plus fidèle que l'Allemagne à l'esprit de la loi romaine : elle avait compris que l'utilité sérieuse et durable de la prohibition Velléienne est dans la sanction qu'elle ajoute au régime dotal. Aussi le sénatus-consulte n'est-il plus, dans l'ancienne jurisprudence italienne, qu'un appendice de la loi Julia[2]. La plupart des statuts ne défendent à la femme d'intercéder que si c'est pour son mari qu'elle intercède; mais en ce cas la défense est absolue, et la nullité n'est couverte ni par la renonciation de la femme ni même par son serment.

IV.

Tel était le droit italien à la fin du moyen âge. J'ai dû m'arrêter quelques instants sur ces vieilles lois si oubliées de nos jours, car il n'est pas de plus grande époque dans toute l'histoire de l'Italie moderne. C'est alors, et alors

[1] Stat. Romæ, 135 (Fenzonio, p. 283) : « Donatio inter virum et uxorem, sponsam et sponsam, non valeat nec præsumatur;... sed quoad anulum subarhationis, *qui debeat esse sine lapide,* donatio præsumatur et valeat. » Voy. aussi les statuts inédits cités par Gans, t. III, p. 279 et suiv.

[2] Stat. Mutinæ, II, 110 (t. II, fol. 48); Stat. Genuæ, IV, 201 (p. 159, 160); Pragmaticæ Regn. Neapol., tit. *ad Vellei.,* 1. — Cependant quelques tribunaux, plus imbus des doctrines canoniques, notamment le tribunal de la Rote, donnaient toujours force au serment. De Luca, *l. c.*

seulement, si nous ne regardons qu'au passé, que l'Italie, un moment maîtresse d'elle-même, put déployer dans la législation comme dans les lettres et les arts toutes les ressources de son génie. Mais ces jours de gloire furent bien courts; la civilisation avait été trop précoce sous ces heureux climats pour être durable et féconde. Éclose avant la saison, au sein de la barbarie du moyen âge, elle était destinée à se flétrir avant l'heure, sans laisser après elle les fruits qu'elle avait promis. Le seizième siècle, qui ouvrit pour les peuples du Nord l'ère du progrès et des lumières, fut, pour les cités italiennes, le commencement de la décadence. Dirai-je ce que devinrent alors les statuts municipaux des villes lombardes et toscanes, après que ces fières démocraties se furent courbées sous le joug de l'étranger? ce serait une triste et inutile histoire. C'est aux sources vives des libertés publiques et de l'indépendance nationale que s'était alimenté le développement du droit civil; ce développement s'arrêta dès que ces sources furent taries. Et cependant, malgré toutes les altérations qu'il a subies sous l'influence étrangère, le droit italien est resté fidèle à ses origines et la chaîne de la tradition n'a point été rompue. Reportons-nous à l'époque actuelle; jetons un regard sur cette législation variée et disparate qui, il y a quelques jours à peine, régnait encore au delà des Alpes : nous allons y retrouver ces institutions vingt fois séculaires que nous rencontrions tout à l'heure dans les anciens statuts, et qui, après avoir résisté, durant le moyen âge, à toutes les invasions des Barbares, avaient su résister aussi, dans les temps modernes, à tous les progrès de la civilisation.

C'est, en premier lieu, la préférence accordée aux héritiers mâles dans l'attribution ou le partage des successions légitimes : tantôt, comme dans le code de Modène, la fille n'a droit qu'à une demi-part dans la succession de ses parents; tantôt, comme dans le code de Sardaigne, elle est complètement exclue par ses frères[1]. C'est ensuite la vieille

[1] Code sarde, 20 juin 1837, art. 942-948; Code de Modène, 25 octobre 1851, art. 911.

prohibition du sénatus-consulte Velléien; non contents de la rétablir, les mêmes codes en exagèrent la rigueur : la femme est incapable, non-seulement de se porter caution, mais même de faire une libéralité[1]. Les lois des États romains et de la Toscane vont plus loin encore : ici, la femme est frappée d'une incapacité générale, elle est assimilée au mineur ou à l'interdit; fût-elle mariée et majeure, elle ne peut faire aucun contrat sans l'autorisation du juge. Ce n'est pas tout, elle est exclue, non-seulement des successions directes, mais encore des successions collatérales jusqu'au troisième degré; tout son patrimoine se réduit à une dot, qui, si minime qu'elle soit, est toujours réputée suffisante si elle lui procure un mariage honnête; et cette dot même, elle ne la peut exiger qu'à l'âge de vingt-cinq ans; jusque-là, ses droits se bornent à être nourrie aux frais de ses agnats et dans la maison de l'un d'eux[2].

Mais, à l'heure où j'écris ces lignes, ces lois vieillies font place à une loi nouvelle : le code de Victor-Emmanuel règne depuis les Alpes jusqu'à la Sicile[3] et les privilèges d'agnation, la minorité perpétuelle des femmes, le sénatus-consulte Velléien, ont pour jamais disparu de l'Italie. Seule la Ville éternelle, toujours fidèle à son passé, conserve encore pieusement ces derniers débris des institutions d'un autre âge. Tout le reste de la Péninsule va jouir des bienfaits d'une loi civile qui répond au dernier progrès de la civilisation et de la science.

L'un des principes fondamentaux du nouveau code, c'est l'égalité des droits privés pour les deux sexes. Ce principe ne reçoit, comme chez nous, qu'une seule restriction,

[1] Code sarde, art. 1124, 2054; Code de Modène, art. 2035.

[2] Voy., pour les États du Saint-Siège, le *Moto proprio* du 10 nov. 1834, art. 11, 21-30, 52 (« I contratti dei pupilli,..... e delle donne, anche maggiori o maritate, non saranno validi se il giudice competente non abbia, con suo decreto, fatto loro abilità, ne' singoli casi, di contrattare e di obligarsi »), 53-58; — pour la Toscane, les lois des 18 août et 15 novembre 1814; Forti, *Analisi della legge del* 18 *ag.* 1814 (*Opp.*, t. III, p. 628, Firenze, 1864).

[3] Un décret du 25 juin 1865 déclare le nouveau code civil exécutoire à dater du 1er janvier 1866.

celle qui résulte de la puissance maritale. Mais, dans la manière dont cette puissance est organisée, le code italien présente avec le nôtre plusieurs différences de détail qu'il ne sera pas sans intérêt de signaler[1].

1° L'autorisation maritale n'est plus nécessaire si le mari est mineur, interdit, absent, condamné à de certaines peines. L'on n'a plus alors à recourir, comme chez nous, à une autorisation judiciaire : la femme a commencé d'être capable au moment où le mari a cessé de l'être, car la seule cause de l'incapacité de la femme, c'était la puissance du mari.

2° L'autorisation maritale cesse encore d'être requise à dater de la séparation de corps. Si la séparation a eu lieu par la faute de la femme, c'est la justice qui autorise; si c'est par la faute du mari, il n'est plus besoin d'aucune autorisation.

3° Le mari peut, par acte public, donner à sa femme une autorisation générale, qu'il sera d'ailleurs toujours maître de révoquer. Rien ne s'oppose à ce que cette autorisation soit donnée par le contrat de mariage lui-même.

4° L'autorisation maritale est insuffisante toutes les fois qu'il y a quelque « opposition d'intérêt » entre les époux, par exemple, si la femme veut contracter avec son mari, ou si elle veut s'obliger pour lui et le cautionner; il faut alors que le tribunal intervienne. La garantie de cette intervention remplace ici avec avantage l'ancien sénatus-consulte Velléien; elle vient compléter, mieux encore que ce sénatus-consulte, le système de l'inaliénabilité dotale. Sous une législation qui, à l'inverse de la nôtre, fait de la dotalité le régime de droit commun et de la communauté une convention exceptionnelle, il fallait protéger le bien de la femme, non-seulement contre tout abus de pouvoir de la part du mari, mais encore contre tout abus d'influence.

Plus tard, en étudiant la loi française, nous aurons

[1] Codice civile del regno d'Italia, art. 134-136.

l'occasion de revenir sur ces diverses dispositions du code de Victor-Emmanuel, nous pourrons en mieux comprendre la portée, et nous reconnaîtrons alors peut-être que la législation de l'Italie nouvelle ne s'est ici séparée de la nôtre que pour faire un pas de plus dans la voie du progrès.

CHAPITRE V.

ESPAGNE.

I.

L'Espagne, non moins que l'Italie, présente dans ses lois un frappant contraste avec les nations du nord de l'Europe. Les deux péninsules méridionales ont obéi l'une et l'autre à une même influence : toutes deux sont restées romaines dans leurs langues comme dans leurs lois. Et cependant une différence les sépare : c'est la Rome antique, la patrie du droit classique et la capitale des Césars, qui maintient son empire sur l'Italie par les traditions qu'elle y a laissées; c'est la nouvelle Rome, la ville des pontifes et la capitale du monde catholique, qui règne souverainement sur la catholique Espagne. En Italie et jusque dans le domaine du Saint-Siége, le droit canon a toujours cédé le pas au vieux droit romain; en Espagne, dans ce paradis de l'Église (c'est le mot d'un juriste espagnol[1]), le droit romain n'a pénétré qu'à l'ombre du droit canon et sous le patronage du clergé. C'est cet esprit canonique et théocratique qui distingue la législation espagnole entre toutes les législations européennes. Chez un peuple qui, suivant le langage de ses vieilles chroniques, « livra plus de trois mille sept cents batailles aux ennemis du nom chrétien, » et qui, durant huit siècles d'une guerre non interrompue, combattit pour ses foyers en combattant pour la croix, le sentiment de la religion devait naturellement se

[1] Valiente, *Apparatus jur. publ. hispan.*, L. II, c. 8.

confondre avec celui de la patrie, la loi religieuse devait s'unir à la loi civile et la dominer.

Si vous ouvrez le volumineux recueil des lois espagnoles encore en vigueur, vous ne serez pas médiocrement surpris en rencontrant, dès les premières pages, un catéchisme complet, où tous les mystères de la foi catholique sont formulés en articles législatifs. De là vous passerez, dans un second titre, à une discussion théologique, en cent vingt-neuf paragraphes, de la doctrine des sacrements. Un peu plus loin, dans les lois pénales, vous trouverez une division des délits inconnue de nos criminalistes, la division en péchés mortels et péchés véniels. Plus curieux encore sont les chapitres qui traitent du mariage et des rapports conjugaux; l'on y voit le législateur, avec une indiscrétion souvent choquante, pénétrer dans les mystères réservés à l'examen du casuiste ou du confesseur[1].

C'est dans ce caractère théocratique des codes espagnols qu'est le secret de leur longue durée. Pourquoi, chez un peuple dont les destinées ont été si agitées et les fortunes si diverses, la loi est-elle restée stable et presque immobile? Pourquoi, seule entre toutes les nations modernes, l'Espagne conserve-t-elle encore aujourd'hui les lois que lui apporta l'invasion barbare du sixième siècle? C'est que les lois des autres peuples, fondées sur la volonté populaire, sont variables et fragiles comme elle; en Espagne, la loi humaine aspire à n'être qu'un reflet de la loi d'en haut, immuable et éternelle[2]. De même que la loi canonique, elle peut recevoir de siècle en siècle des amplifications, des éclaircissements; mais elle ne peut, sans renier son principe, être abolie ni réformée. Bien des lois, bien des codes se sont succédé en Espagne, mais jamais le code nouveau n'a

[1] Las siete Partidas, part. I, tit. 3, ley 4; part. IV, tit. 2, ley 9; Recopilacion, L. I, tit. 1, ley 1; L. VIII, tit. 20, ley 7.

[2] Partid. I, tit. 1, ley 6 : « Tomadas fueron estas leyes de dos cosas : la una de las palabras de los santos que fablaron espiritualmente lo que conviene a bondat del cuerpo e à salvamiento del alma, la otra de los dichos de los sabios, etc. » Recopilacion, L. II, tit. 1, ley 1.

abrogé le code antérieur. Au *Fuero juzgo* des Visigoths ont succédé les sept Parties d'Alphonse le Sage; à la *Recopilacion* de Phillippe II a succédé la *Recopilacion* de 1805; mais toutes ces lois, sans se détruire, se sont accumulées les unes sur les autres, et l'on retrouve encore le vieux code gothique au fond du droit espagnol contemporain.

Aussi, pour quiconque n'étudie les institutions de l'Espagne que dans ses codes généraux, il n'est pas de législation qui soit en apparence plus simple, plus uniforme, plus concordante dans toutes ses parties. Mais j'ai déjà montré, par plus d'un exemple, que la loi écrite n'est pas toujours l'expression fidèle de la loi vivante, et que les coutumes et la pratique populaires infligent souvent un démenti au langage officiel du législateur. C'est ce que nous voyons en Espagne. Si nous étudions les institutions de ce pays, non plus dans les formules officielles que ses codes nous présentent, mais dans tous les documents où se révèle la vie juridique d'un peuple, dans ses chartes, dans ses diplômes, dans ses *fueros* ou statuts municipaux, nous sommes surpris par le spectacle d'une législation toute nouvelle : ce ne sont plus des lois uniformes et immuables, ce sont des usages variés et changeants; ce n'est plus une imitation savante du droit canonique et du droit romain, ce sont les coutumes barbares dans leur rudesse naïve, c'est le droit germanique presque aussi fidèlement conservé qu'en Allemagne ou en Scandinavie.

Cette opposition entre le droit écrit et la coutume, entre la théorie et la pratique, qui n'est nulle part aussi tranchée que dans l'ancienne loi espagnole, trouve encore son explication, si je ne me trompe, dans le caractère théocratique de cette loi. Le législateur espagnol est trop idéaliste pour être pratique : il poursuit, jusque dans les nuages de la métaphysique, la vérité et la justice absolues, et il oublie souvent ce qu'est la société qu'il gouverne, quels sont ses préjugés, ses habitudes et ses besoins. A des Barbares à peine sortis des forêts de la Germanie, le *Fuero juzgo* parle la langue abstraite et subtile de la philosophie et enseigne

la doctrine de la monarchie de droit divin[1]. A une société féodale, le Code des sept Parties prétend imposer le partage égal des successions comme « plus conforme à la loi de la nature et aux affections du défunt[2]. » Mais il n'est pas au pouvoir d'une théorie conçue à plaisir de déraciner du sein d'un peuple des mœurs et des idées séculaires. La noblesse espagnole défendit ses privilèges féodaux, les villes maintinrent leurs statuts, et durant tout le moyen âge la loi coutumière et la loi écrite, la loi locale et la loi générale se disputèrent et se partagèrent l'empire.

Dès le commencement de l'ère moderne, la lutte s'apaise et le travail d'unification se prépare. Le pouvoir royal, devenu plus fort, dépouille peu à peu la noblesse et les cités de leur autonomie civile comme de leur indépendance politique, et assure la prépondérance aux codes généraux et aux idées canoniques et romaines. Les quelques institutions germaniques qui survivent à la chute des pouvoirs féodaux et des libertés municipales passent elles-mêmes du droit local dans le droit général, et trouvent place successivement dans les *Leyes de Toro* de Ferdinand et Isabelle, dans la *nueva Recopilacion* de Philippe II, dans la *novisima Recopilacion* de Charles IV. Ces divers recueils de lois, il est vrai, sont des compilations plutôt que des codes : l'élément canonique et romain, l'élément germanique et féodal, sont rapprochés et juxtaposés, ils ne sont pas encore unis et confondus. Mais il semble qu'aujourd'hui les différences nationales s'effacent et qu'un même mouvement entraîne vers un but commun toutes les législations européennes. Ce travail de codification que j'ai signalé en Angleterre, en Allemagne, en Italie, s'accomplit aussi en Espagne; l'Espagne, elle aussi, s'efforce de coordonner toutes ses institutions hétérogènes. L'œuvre est déjà commencée : l'Espagne a déjà son code de commerce et son code de procédure ; elle a même son projet de code civil qui, depuis plus de dix ans déjà officiellement publié, finira,

[1] Fuero juzgo, L. II, tit. 1, ley 34.
[2] Partid. VI, tit. 13, ley 3.

espérons-le, par recevoir la sanction législative[1]. Dans ces travaux législatifs, où se trahit, à chaque ligne, l'imitation de la loi française, la tradition germanique et la tradition romaine sont heureusement combinées, et il suffit de les comparer au *Fuero juzgo*, pour se convaincre que la législation espagnole, malgré son immobilité apparente, n'a pu se soustraire entièrement à la loi du progrès.

II.

Montesquieu, comparant entre elles les lois des Barbares, s'exprimait ainsi[2] : « Il y a dans les lois saliques et ripuaires une simplicité admirable... Mais les lois des Visigoths sont puériles, gauches, idiotes, elles n'atteignent point le but; pleines de rhétorique et vides de sens, frivoles dans le fond et gigantesques dans le style. »

La critique impartiale a plus d'une fois protesté contre la sévérité outrée de ce jugement : une loi qui a gouverné un grand peuple durant douze siècles et l'a conduit jusqu'à la civilisation moderne, n'est ni puérile, ni idiote, et, si elle ne mérite pas en tout point l'approbation du philosophe, elle a toujours droit au respect de l'historien. Mais ce qu'il y a de profondément vrai dans l'observation de notre grand publiciste, c'est le contraste qu'il signale entre la loi des Visigoths et celle des autres nations germaines. Par le fond comme par la forme, le *Forum judicum* tranche avec tous les codes barbares : au lieu du jugement par le combat devant des jurés ou des arbitres, il institue une procédure savante, avec instruction par titres et par enquête devant des juges nommés par le roi ; au lieu du *mundium* germanique, il établit la tutelle romaine; au lieu de la copropriété de famille, la liberté de tester; enfin, au lieu de faire dépendre

[1] Code de commerce de 1829, Code de procédure (ley de enjuiciamento) de 1856, Projet de Code civil publié par ordonn. du 12 juin 1851.

[2] *Esprit des lois*, liv. xxviii, ch. 1.

la capacité civile de la force physique et l'habileté à manier les armes, il la fait dépendre de la profession religieuse et du baptême. C'est en entrant, non dans les rangs de l'armée, mais dans l'Église, que l'homme devient membre de la société civile; l'enfant qui n'a pas été baptisé ne peut pas même hériter de ses père et mère ni leur laisser sa succession à sa mort : « Car il n'est pas juste, dit le législateur visigoth, que le père succède aux biens terrestres laissés par l'enfant, tandis que l'enfant lui-même ne pourra acquérir, faute de baptême, l'héritage céleste dans l'éternité [1]. »

On devine, à ce simple aperçu, quelle peut être l'origine de ce code. Si c'est à des Germains qu'il s'adresse, ce n'est point des Germains qu'il émane : ce n'est pas d'une assemblée de guerriers barbares, d'un champ de mars ou d'un champ de mai, qu'ont pu sortir ces théories métaphysiques et cette rhétorique pompeuse. Le *Fuero juzgo* est l'œuvre des évêques espagnols réunis en concile à Tolède. Si quelques laïques étaient admis dans ces conciles, ce n'était qu'en petit nombre et seulement en vertu d'une convocation spéciale des évêques ou du roi [2]. « En Espagne, comme l'a dit un illustre historien [3], au lieu d'entrer dans l'assemblée de la nation, le clergé ouvre à la nation sa propre assemblée. » « Nous prêtres, disent les évêques eux-mêmes dans le *Fuero juzgo,* nous avons été établis par notre Seigneur Jésus-Christ les directeurs et les hérauts des peuples; nous avons reçu le pouvoir de lier et de délier, et c'est notre bénédiction qui confirme l'autorité des rois [4]. » En vertu de ces principes, les évêques espagnols élisaient les monarques et dictaient la loi civile comme la loi politique. On ne doit plus

[1] Fuero juzgo, L. IV, tit. 2, ley 17.

[2] D.-J. Sempere, *Historia del derecho español,* Madrid, 1846, p. 71 : En los concilios germanicos asistia y votaba todo el pueblo : à los Toledanos solamente concurrian los obispos, y algunos grandes : y estos no por derecho de su clase, sino por comisiones particulares de los soberanos... Los obispos suscribian en primer lugar, y como autores de los cànones. Los legos no firmaban sino despues de los ecclesiàsticos, y solamente como testigos. »

[3] Guizot, *Hist. du gouvernement représentatif,* 26e leçon.

[4] Fuero juzgo, Exord., *de la eleccion de los principes :* « Los cuales hemos sido constituidos por nuestro senor Jesu Cristo rectores y pregoneros de los pueblos. »

s'étonner, après cela, si la loi visigothe, au lieu d'être un recueil de coutumes germaines, comme toutes les autres lois barbares, n'est pour ainsi dire qu'un recueil de canons ecclésiastiques.

C'est précisément par ce caractère nouveau que le *Fuero juzgo* a pour nous une importance particulière. Il est intéressant de savoir ce que l'Église catholique du moyen âge a pensé des droits et des devoirs civils de la femme, et, à cet égard, les canons eux-mêmes ne peuvent pas mieux nous instruire que la loi des Visigoths.

Quoi qu'en aient dit des admirateurs trop exclusifs, cette loi, sous plus d'un rapport, est loin d'être en progrès sur les coutumes germaines. Tandis que les codes du Nord aggravaient la peine du délit quand la victime était une femme, le *Fuero juzgo* l'atténue : il abaisse, en ce cas, le taux de l'amende imposée à l'assassin; la vie de la femme, dans le tarif de la loi gothique, ne vaut en général que la moitié de la vie de l'homme. Tandis que les codes du Nord associaient et confondaient les intérêts pécuniaires des deux époux, la loi espagnole les distingue et les sépare : elle entrave ou prohibe les libéralités conjugales; elle transforme le *morgengab* en une sorte de *donatio propter nuptias* étroitement limitée [1]. Dans ces restrictions si étrangères aux idées germaniques et que nous n'avons rencontrées qu'en Italie, dans cette pensée de défiance qui suppose entre les époux une rivalité plutôt qu'une communauté d'intérêts, ne reconnaît-on pas le même esprit qui présida dans l'ancienne Rome à l'organisation du régime dotal? Aussi verrons-nous bientôt ce même régime, favorisé par la loi canonique, se répandre dans la Péninsule, entraînant avec lui toutes les incapacités et prohibitions qui en sont un complément nécessaire : l'interdiction des dons entre époux, l'inaliénabilité des biens dotaux, enfin le sénatus-consulte Velléien, qui nulle part n'a été appliqué avec autant de persistance et de rigueur.

Mais ce n'est là qu'un côté de la loi gothique : moins

[1] L. Wisig., III, I, 5; V, II, 7; VIII, IV, 16.

libérale que les autres lois germaines, elle est, en revanche, moins rude et moins grossière. En supprimant le droit de vengeance et le combat par les armes, elle supprime les causes du *mundium :* désormais la femme n'est plus en tutelle, elle peut même comparaître en justice et n'est plus soumise, sous ce rapport, qu'à l'antique prohibition de l'Édit du préteur, celle de *postuler* pour autrui [1]. Il y a plus : la femme peut être tutrice elle-même, du moment que le tuteur n'est plus un champion armé, mais un simple gérant du bien d'autrui. Dès lors la loi peut confier à la veuve la tutelle de ses enfants, et la puissance paternelle, qui n'est plus fondée que sur l'affection et la nature, se partage entre les deux époux [2]. Ce n'est pas là la seule réforme par où le législateur espagnol ait su devancer un siècle barbare : la plupart des lois germaines concentraient la possession du sol entre les mains de ceux qui étaient assez forts pour le défendre : le *Fuero juzgo* au contraire établit un partage égal des héritages entre les deux sexes : « car il est bien juste, dit le législateur, que l'ordre des successions ne sépare point ceux que la nature a unis [3]. » Enfin, tout en préconisant le célibat, la loi des Visigoths a su consacrer, plus énergiquement qu'aucune autre loi barbare, le respect et l'indissolubilité du lien conjugal [4].

On peut juger, à ce simple aperçu, du caractère exceptionnel et vraiment unique du *Fuero juzgo.* Il est fait pour des Germains, et il n'est qu'une copie de la loi romaine ; il est fait pour des barbares, et il porte partout l'empreinte d'une civilisation avancée ; enfin il est écrit pour un peuple de conquérants, et il fait dériver tout droit et toute puissance, non de la force matérielle, mais de l'autorité morale. Et comme ce code diffère de tous les autres par son caractère, il en diffère aussi par ses destinées : il a survécu à

[1] L. Wisig., II, III, 6.

[2] L. Wisig., III, I, 7; IV, II, 13; III, 1, 3 : « Patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio in matris potestate consistat. Matre mortua, filii in patris potestate consistant. »

[3] L. Wisig., IV, II, 9.

[4] L. Wisig., III, IV, VI.

tous les codes germaniques; il n'a point disparu comme eux avec la barbarie, car il n'avait rien de barbare; la civilisation moderne elle-même ne l'a point répudié, car sous bien des rapports elle l'avait pressenti et il s'est trouvé répondre à ses besoins. Mais précisément parce qu'il était fort en avant de son siècle, il n'a pa su s'en faire obéir : il a bien pu imposer aux Visigoths certaines formes d'institutions romaines; mais il n'a pas pu étouffer en eux les idées et les coutumes germaniques. Sans doute, à ne voir que le *Fuero juzgo,* on croirait que les Visigoths ont, en franchissant les Pyrénées, laissé derrière eux tout ce qu'ils avaient de barbare, et qu'ils sont devenus Romains dès qu'ils ont mis le pied dans la Péninsule; mais ce n'est là qu'une trompeuse apparence. Le jour où s'est écroulé l'imposant mais fragile édifice de la monarchie gothique, l'on a vu reparaître sous ses débris toutes les institutions germaniques qui semblaient à toujours disparues. Dans les *fueros* municipaux octroyés par les successeurs de Pélage, l'on retrouve la communauté conjugale, la tutelle perpétuelle des femmes, le combat judiciaire, le jugement par jurés. Étudions de plus près ces coutumes municipales; cachées en quelque sorte derrière les grands codes généraux, elles ont souvent échappé aux regards du jurisconsulte; et cependant elles ont résisté à l'autorité de ces codes, à l'influence du droit romain, à la domination du droit canonique, et elles ont entretenu dans l'ombre, au sein de la catholique Espagne, avec la tradition garmanique, le sentiment de la liberté.

III.

Les origines des *fueros* se confondent avec celles de l'indépendance espagnole. Subjuguée par les Mores, l'Espagne ne put reconquérir sa nationalité que par degrés et pour ainsi dire pièce à pièce. Chaque fois qu'une province ou qu'une cité nouvelle passait de l'Espagne musulmane à

l'Espagne chrétienne, elle recevait du roi ou se donnait à elle-même un *fuero,* c'est-à-dire un corps de coutume, une juridiction, une administration particulière[1]. Devant cette infinie diversité de *fueros* provinciaux et urbains, il faut négliger les détails pour mettre seulement en saillie quelques traits caractéristiques et généraux.

Ce qui me frappe d'abord dans la plupart des *fueros,* c'est le contraste qu'ils présentent avec le *Fuero juzgo,* qui cependant était resté la loi commune et qui même, dans les pays soumis à la domination arabe, continuait de régir la population chrétienne[2]. Le *Fuero juzgo,* on vient de le voir, est une loi presque exclusivement romaine et canonique; je vais montrer combien les *fueros* municipaux s'écartent et des lois canoniques et des lois romaines.

Loin de favoriser le célibat, les *fueros* édictent des peines sévères contre les célibataires[3] : ils ne peuvent remplir de fonctions publiques, ni être témoins, ni agir en justice, ni posséder des immeubles; ils sont soumis à des impôts exorbitants[4]; les délits dont ils sont victimes sont excusés ou moins sévèrement punis[5]. Pour mieux pousser au mariage, les *fueros* l'affranchissent de toutes les formes de publicité qu'exigeait le *Fuero juzgo;* ils autorisent les divorces, ils tolèrent même une espèce de mariage de la main gauche ou de concubinat, appelé *barragania.* « La *barragana,* disent les anciens *fueros,* qui mange et habite avec

[1] Plusieurs de ces *fueros* ont été récemment publiés. Voy. notamment : — *Coleccion de fueros municipales y cartas pueblas,* por D. Thomas Muños y Romero, Madrid, 1847; — *Historia de la legislacion y recitaciones del derecho civil de España,* por D. Marichalar marques de Montesa y Manrique, t. I-VII, Madrid, 1861-1864.

[2] Marina, *Ensayo sobre la legislacion de los reinos de Leon y Castilla,* I, 42; V. 2.

[3] Fuero de Plasencia, tit. De non responder al que mugier non hobiere; fuero de Burgos, 81.

[4] Fuero de Alcalá : « Todo home de Alcalá... que toviere casa... con fijos é con mujer,... non peche nisi quarta parte de la pecha ». Fuero de Molina : « Que mugier é fijos tobier en Molina, nada peche ».

[5] Fuero de Miranda : « Si aliquis vir vel mulier percusserit populare uxoratum... et extraxerit ei sanguinem, pectet LX solidos; et si non extraxerit sanguinem, pectet XXX solidos. » Si la victime était un célibataire, l'amende n'était qne de cinq ou dix sous.

son seigneur et lui est fidèle, entre en communauté de biens avec lui et hérite de la moitié de ses acquêts[1]. » D'autres *fueros* vont jusqu'à appeler les enfants de la *barragana* à la succession de leur père en concours avec les enfants légitimes[2]. C'est à l'influence arabe, sans doute, qu'il faut imputer une coutume si contraire à l'esprit des nations chrétiennes[3]. Quoi qu'il en soit, cette coutume pénétra si profondément dans les mœurs espagnoles, que le code des Sept Parties lui-même, quoique tout imbu des idées canoniques, n'osa point la proscrire[4], et qu'elle résista longtemps, même chez les clercs, à toutes les foudres des conciles[5].

Le droit romain n'est pas plus respecté par les *fueros* que le droit canon. Fidèles à la tradition gothique, c'est sur l'idée toute germaine d'une copropriété de famille qu'ils font reposer toute l'organisation des rapports domestiques. Tous les biens acquis par l'un des membres de la communauté viennent grossir ce patrimoine commun dont le père de famille a seul l'administration et la jouissance[6]. Mais s'il est l'administrateur de ce patrimoine, il n'en est point le maître, et ne peut ni par vente ni par testament le faire passer à une famille étrangère : l'exercice du retrait lignager ou de la réserve successorale ferait rentrer dans la famille l'héritage qu'il aurait essayé d'en faire sortir[7].

Ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que la femme,

[1] Fuero de Plasencia : « La barragana si probada fuere fiel á su sennor, é buena, herede la meatad que amos en uno ganaren en muebles é en raiz. »

[2] Fuero de Burgos, 168 : « ... Fijo ò fijà de barragana, si non el padre le hobiere dado algo de mueble ó de heredat de cinco florines arriba,... debe levar toda su suerte entera. »

[3] L'influence arabe apparaît aussi dans bien des prescriptions de police relatives aux femmes. Fuero de Nájéra : « In domo viduæ aut virginis nemo sit ausus hospitium accipere. » Fuero de Càceres : « Las mulieres entren en banno in die dominico,... é los varones entren enos otros dias... »

[4] Part. IV, tit. 14.

[5] Marina, *Ensayo*, VI, 24.

[6] Les fils et les filles, jusqu'à ce que l'émancipation les ait fait sortir de la famille, n'ont pas de patrimoine propre; ils ne peuvent ni tester, ni être poursuivis pour leurs dettes et délits; c'est le père qui en répond. Marina, VI, 5.

[7] Le père ne pouvait déshériter l'un de ses fils qu'en le faisant sortir de sa famille.

dans cette copropriété domestique, a sa part tout comme l'homme. Sans doute les *fueros* non moins que les codes germaniques, établissent certaines inégalités de condition entre les deux sexes : la fille ou l'épouse ne peut ni s'engager ni paraître en justice sans l'assistance de ses parents ou de son mari ; la veuve elle-même a besoin de l'assistance de ses parents tant qu'elle demeure avec eux[1]. Mais ces incapacités ne privent la femme que du libre exercice de son droit, elles ne la privent point du droit lui-même. La femme a sa part de copropriété dans les immeubles patrimoniaux comme dans les meubles, et elle peut en conséquence concourir dans les successions avec les héritiers mâles et exercer comme eux le retrait lignager[2]. Ces dispositions, j'en ai déjà donné la preuve, ne présentent rien qui ne soit conforme aux plus anciennes traditions teutoniques : ce sont les principes féodaux, bien plutôt que les coutumes primitives de la Germanie, qui ont refusé à la femme les droits d'héritière. Mais les *fueros* ne subirent pas l'influence féodale : la riche bourgeoisie des cités espagnoles sut faire respecter par la noblesse ses franchises municipales[3]. La féodalité ne prévalut qu'en Aragon, et nous retrouvons, en effet, les priviléges de masculinité dans les *fueros* de cette province[4].

De ces deux principes combinés, la copropriété de famille et l'égalité des deux sexes, devait naturellement sortir le régime nuptial de la communauté. « C'est une coutume bien raisonnable, dit un vieux jurisconsulte portugais, que ceux qui se donnent l'un à l'autre ce qu'ils ont de plus

[1] Fuero de Sepulveda, 64 : « Toda muger casada, ó manceba en cabello, ó vibda que morare con padre ó con madre en su casa, non haya poder de adebdar ninguna debda mas de facta un maravedi nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con placenteria del pariente con qui morare. » Fuero de las leyes, lib. III, tit. 20, ley 13 ; tit. 18, ley, 5 ; Marina, VI, 69.

[2] Fuero de Burgos, 207 ; fuero de Zamora. — La fille aînée a même le droit d'aînesse dans les fors de Navarre et de Biscaye.

[3] « Prohibieron las leyes que ninguno pudiese fabricar castillos, levantar fortalezas,... en términos de los communes sin su autoridad y consentimiento. » Marina, *Ensayo*, V, 23.

[4] Fueros y observancias del Reyno de Aragon, Çaragoça, 1586, p. I. fol. 127.

excellent, c'est-à-dire leur corps et leur âme; mettent aussi leurs biens en commun, car la personne est bien plus précieuse que les biens. Grâce à cette coutume, on n'entend plus retentir dans un ménage cette éternelle querelle : ceci est à moi, cela est à toi[1]. » La communauté est universelle en Portugal et en Biscaye, elle est réduite aux acquêts dans le reste de la Péninsule; générale ou restreinte, elle se partage toujours par moitié entre les deux époux[2].

Tout en établissant la communauté, les *fueros* montrent peu de faveur pour les libéralités conjugales. Toujours soucieux, comme on l'a vu, d'assurer la conservation des biens dans les familles, ils cherchent à la garantir contre de trop faciles entraînements. Les dons entre époux devaient être faits lors de la célébration du mariage, *ante ostium ecclesiæ :* toute donation postérieure, fût-elle testamentaire, devait être approuvée par les héritiers présomptifs du donateur. D'autres *fueros* fixaient le taux du douaire, d'autres, plus minutieux encore, réglementaient les cadeaux de noces, le trousseau de la mariée, le nombre des convives au festin[3].

Ces règlements si bizarres ne sont cependant pas nouveaux pour nous; nous en avons rencontré de semblables dans les statuts italiens du moyen âge, Malgré les différences de mœurs et de constitutions qui les séparent, les cités municipales des deux Péninsules présentent dans leur histoire des analogies qui ne pouvaient manquer de se re-

[1] Valasco, *Praxis partit. et collat.*, Francof., 1608, p. 11.

[2] Ordenaçoes de Portugal, Lisboa, 1727, IV, 47, 48, 95, 105; V, 46; fuero de Vizcaja, Bilbao, 1762, XX, 1; fueros de Navarra, Pamplona, 1815, XXV, 2; fueros de Aragon, p. 1, fol 122, 123. — La femme prenait de plus son douaire, *arras*. Voy. la donation du Cid à Chimène. *ap.* Risco, *la Castilla y el mas famoso Castellano*, Madrid, 1792, apénd. III.

[3] Fuero viejo, V, 1, 2 : « Esto es fuero de Castiella antiguamente; que todo fijodalgo pueda dar á sua muger donadio a la hora del casamiento, ante que sean jurados, e el donadio que puede dar es este : una piel de abortones, que sea muy grande e mury larga, e deve aver en alla tres sanefas de oro, e quando fuer fecha deve ser tan larga que pueda un caballero armado entrar por la una manga e salir par la otra; e una mula ensillada e enfrenada, e un vaso de plata, e una mora. » Fuero de Cuenca, IX, 11; fuero de Sepùlveda, 66.

produire dans leurs lois. Les villes des Castilles et de l'Andalousie avaient reçu des Arabes l'industrie, les sciences, les arts; comme les républiques de Lombardie et de Toscane, elles furent, dans des siècles d'ignorance et de barbarie, des foyers de lumière et de liberté. Mais là aussi la civilisation fut trop précoce pour être durable. Au moment de la renaissance et de la réforme, quand l'ère du progrès commençait à s'ouvrir pour les grands États du Nord, l'heure de la décadence sonnait déjà pour les brillantes cités de l'Espagne comme pour celles de l'Italie. « Pauvre Séville, toute baignée du sang de tes fils, s'écrie un poëte du xv^e^ siècle, quel destin ennemi te tient abaissée? que sont devenues tes libertés et tes lois? où sont ces alcades sévères qui maintenaient dans tes murs la justice et la paix? où sont ces fiers régidors qui jamais ne plièrent le genou devant un grand[1]? »

Et cependant l'Espagne, à cette époque, n'était pas tombée, comme l'Italie, sous la domination de l'étranger : elle venait, au contraire, d'expulser l'étranger de son sein après de longs siècles d'héroïques efforts. Mais les cités et la noblesse qui conquirent, au prix de leur sang, l'indépendance nationale, ne triomphèrent que pour le compte de l'Église et de la royauté, et ne brisèrent le joug des Mores que pour se placer sous le joug non moins pesant des rois catholiques. Nous allons voir, en effet, l'Église et le pouvoir royal coalisés renouer la tradition du *Fuero juzgo,* et rétablir, dans de nouveaux codes généraux, les principes canoniques et romains.

IV.

Bien que le fameux code des Sept Parties remonte au milieu du xiii^e^ siècle, ce n'est qu'à la fin du moyen âge et grâce au progrès du pouvoir royal que son autorité s'est fait généralement reconnaître. Ce code, plus encore que le

[1] *Ap.* Ortiz de Zùniga, *Anales de Sevilla,* año 1473, Madrid, 1677.

Fuero juzgo, est une compilation des lois canoniques et romaines. « La première des Sept Parties, dit l'abbé Marina, n'est qu'un sommaire des décrétales; elle donne au pape des pouvoirs illimités, et ouvre la porte à tous les maux qui ont désolé l'Espagne[1]. » « Les lois et les principes des Sept Parties, ajoute don Sempere, donnèrent une telle extension aux autorités ecclésiastiques, qu'il n'y a pas, pour ainsi dire, un seul acte, soit spirituel soit temporel, qui ne tombât sous leur empire[2]. »

Aussi le droit canon, dans toutes les matières qu'il a réglées, est-il aveuglément suivi par le législateur des Sept Parties. Dans les règlements minutieux sur la nullité et les effets du mariage, sur les divers cas d'impuissance, sur la cohabitation des deux époux qui est tantôt un péché et tantôt un acte méritoire, tout est traduit ou imité des canons[3].

Le droit romain n'y est pas moins servilement copié que le droit canonique : on a besoin d'y déclarer que le fils est affranchi de la puissance paternelle quand il devient consul ou patrice, que l'enfant naturel est légitimé par l'oblation à la curie, que l'hérédité se divise en douze onces[4]. En revanche on n'y dit pas un seul mot de certaines institutions d'un usage général dans toute l'Epagne, notamment de la communauté entre époux. Il semble que le législateur n'ait pas eu la notion d'une institution qui formait le droit commun de la Péninsule. Le régime dotal romain est le seul qu'il expose, ou du moins qu'il essaye d'exposer : car la confusion avec laquelle tout ce sujet est traité montre que l'on a affaire à une institution exotique et fort mal comprise. Les dons entre époux sont prohibés, et le douaire ou *arras* des coutumes nationales est remplacé par la *donatio ante nuptias* des Romains[5].

[1] Marina, *Ensayo,* VIII, 27 et 28.

[2] Sempere, *Historia,* p. 277 (Madrid, 1846, 3e édit.) : « ... Que apenas se encontraba causa ni negocio alguno espiritual ni temporal en que non pudiera ejercitarse. »

[3] Part. IV, tit. 2, ley 9.

[4] Part. IV, tit. 18, ley 8; — Part. IV, tit. 15, ley 5.

[5] Part. IV, tit. 11, ley 3, 6.

Fidèles copistes de la loi romaine, les compilateurs des Sept Parties ne pouvaient omettre une institution aussi importante que le sénatus-consulte Velléien : « La femme, dit le code d'Alphonse le Sage, ne doit pas se porter caution pour autrui ; car elle serait obligée de comparaître en justice et de se mêler aux assemblées des hommes, ce qui serait contraire aux bonnes mœurs et à la réserve qui convient à son sexe[1]. » Il n'est que huit cas où le cautionnement de la femme soit efficace : s'il a lieu pour affranchir un esclave, pour doter une fille, si la femme a renoncé à son bénéfice après en avoir été expressément informée, si, après un intervalle de deux ans, elle a renouvelé son intercession, si elle a reçu le prix de son cautionnement, si elle a revêtu des habits d'homme (chose abominable devant Dieu, ajoute le pieux glossateur), ou si elle a usé de quelque autre artifice pour tromper le créancier, si elle avait quelque intérêt dans l'affaire, enfin si elle est devenue héritière du débiteur principal[2]. » Le code des Sept Parties n'est guère ici, comme on le voit, qu'une copie de la glose d'Accurse.

Mais les coutumes séculaires des populations espagnoles ne disparurent point du jour où il plut aux Cortès de Burgos de déclarer loi du royaume une compilation de canons et de lois romaines. À côté des Sept Parties, une infinité de coutumes diverses persistèrent, et, comme pour augmenter la confusion, une espèce de loi des citations[3] vint donner autorité à tous les glossateurs jusqu'à Jean Andrès et Bartole[4].

[1] « Otrosi decimos que muger ninguna non puede entrar fiador por otro; ca non serie guisada corsa que las mugeres andodiesen en pleyto por fiaduras que feciesen, habiéndose de allegar á los logares do se ayuntan muchos homes, e usar cosas que fuesen contra honestat ó contra las buenas costumbres que las mugeres deben guardar. » Part. V, tit. 12, ley 2.

[2] Part. V, tit. 12, ley 3, et la glose de Gregorio Lopez.

[3] Don Juan II, an 1427. Voy. Sempere, *Historia*, III, 18.

[4] Le poëte Juan Martinez de Burgos nous a laissé un piquant tableau de la jurisprudence de cette époque.

« Viene el pleito á disputacion?
Alli es Bartelo, Chririno é Dijesto ;

La loi de Toro de Ferdinand et d'Isabelle fut un premier essai d'unification législative. Ici le droit des *fueros* a pris place à côté de la loi romaine et les deux législations sont juxtaposées. Ainsi le régime dotal et le régime de communauté sont maintenus l'un et l'autre; ils produisent, comme droit commun, une combinaison à peu près semblable à ce que nous appelons le régime dotal avec communauté d'acquêts, et il est curieux de voir à quels efforts se livrent les commentateurs pour découvrir les origines de cette communauté dans les lois romaines[1]. Le maximum du douaire (*arras*) est fixé à peu près comme sous les *fueros* et les donations entre époux sont interdites. Les règles sur la puissance maritale, empruntées aussi aux *fueros*, s'adoucissent et se rapprochent de notre loi moderne : en cas d'absence ou de refus du mari, son autorisation est remplacée par celle du juge; faute d'autorisation, l'acte de la femme est nul, mais la nullité n'est que relative; d'ailleurs la femme est capable de contracter avec son mari[2]. Enfin la loi de Toro renouvelle les prohitions du sénatus-consulte

Juan Andres, é Baldo, é Enrique, do son
Mas opiniones que uvas en cesto;
E cada abogado es y mucho presto.
E desde que bien visto é bien disputado,
Fallan el pleito en un punto errado,
Lo tornan de cabo á cuestion, pro esto.
. . . . . .
En tierra de Moros un solo alcalde
Libra lo cevil é lo criminal,
E todo el dia se está devalde
Por la justicia andar muy igual.
Alli non es Azo, nin es Decretal,
Nin es Roberto, nin la Clementina,
Salvo discrecion, é buena doctrina
La cual muestra á todos vevir comunal. »

Ap. Crónica de D. Alonso VIII, Madrid, 1665, apénd., p. 135.

[1] Gomez, *ad L. Tauri*, L. 51, n. 33-69. — La question de savoir si la femme, durant le mariage, était propriétaire ou seulement créancière de sa part d'acquêts, était débattue entre les interprètes. Gomez, *ibid.*, nº 76; Covarruvias, *Var. resol.*, L. III, c. 9, nº 2; Fernandez, *ad L. Tauri*, L. 16.

[2] Leyes 54-58. Il faut noter cependant les différences suivantes entre la loi de Toro et notre Code Napoléon : l'autorisation peut être générale (ley 56), elle peut

Velléien, en distinguant comme Justinien l'avait fait, entre le cas où la femme intercède pour son mari, et celui où elle intercède pour un tiers. Les deux intercessions sont prohibées; mais dans le second cas, la prohibition souffre des exceptions nombreuses : ainsi l'engagement est valable si la femme a profité de l'intercession, ou promis avec serment, ou renoncé à son bénéfice[1]. Toutes ces exceptions disparaissent si c'est pour son mari que la femme intercède, et la loi présume qu'elle intercède toutes les fois que les deux époux s'obligent conjointement ou solidairement; en sorte que le mari seul est tenu, et tenu pour le tout. Bien plus, lors même que le mari n'intervient que comme caution dans le contrat souscrit par la femme, la loi, renversant les rôles, présume que c'est la femme qui est caution et le mari débiteur principal[2].

Cette intepprétation très-juste et très-logique du sénatus-consulte a passé dans les *Nueva* et *Novisima Recopilacion*, et est encore appliquée par la jurisprudence contemporaine[3]. Toutefois, en Espagne comme en Allemagne, cette vieille institution semble gravement menacée : elle a disparu du projet de code civil publié en 1851, et si nous voulons savoir comment elle est jugée par la science contemporaine, écoutons un jurisconsulte espagnol : « Les

être tacite, elle peut être suppléée par une ratification postérieure. — Gomez, *l. c.*; Fern. Vasquez, *Controv. ill.*, IV, 10.

[1] Les auteurs mêmes qui, comme Gomez, nient en doctrine la validité de la renonciation, reconnaissent qu'elle ne fait pas de doute dans la pratique. Gomez, *Var. resolut.*, II, 13; Padilla, n. 7-10, *ad. L. is passim, C. de j. et f. ignor.*

[2] Ley 61 : « De a qui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marito, aunque se diga y allege que se convertio la tal deuda in provecho de la muger, y assi mismo mandamos, que quando se obligara a mancomun marido y muger, en un contrato o en diversos, que la muger no sea obligada a cosa alguna; salvo si se provare que se convertio la tal deuda en provecho della; ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada; pero si lo que se convertio en provecho della fue en las casas que el marido le era obligado adar, assi como vestirla y darle comer,.. mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna; lo qual todo se entienda sino fuere la dicha fianca ó obligacion á mancomun por maravedis de nuestras rentas, o pechos, o derechos del las. »

[3] Escriche, *Diccionario de legislacion*, 1863, voc. *Mujer*, 3; *Mujer casada*, 4, p. 1325, 1326.

Sept Parties, dit don Francisco de Cardenas[1], ont défendu à la femme d'intercéder par la raison que les bonnes mœurs seraient offensées si les femmes allaient aux tribunaux et dans les lieux publics. S'il en était ainsi, le législateur n'eût pas dû se borner à leur interdire le contrat de cautionnement : il eût dû les frapper d'une incapacité absolue et les tenir enfermées toute leur vie, comme dans le sérail des Turcs ou le gynécée des anciens. Mais les mœurs et la civilisation ont marché. Personne aujourd'hui, sans doute, ne croira l'honneur d'une femme en danger s'il la rencontre dans un tribunal. L'espèce d'émancipation que les femmes doivent au progrès de l'éducation et à leur position nouvelle dans la société, ne permet plus de les considérer comme des êtres débiles, incapables d'agir par eux-mêmes, et qui ne peuvent vivre qu'à l'ombre d'odieux privilèges. Dans ses diverses relations juridiques, en dehors de la famille, la femme, dans notre société moderne, est en tout l'égale de l'homme. Elle peut acheter, vendre, hypothéquer, s'obliger enfin de toute manière. Pourquoi ne pourrait-elle pas s'obliger comme caution? »

En un mot, la conclusion du jurisconsulte de Madrid, c'est que le sénatus-consulte Velléien ne peut plus être maintenu, dans la loi moderne, que comme une sanction de l'inaliénabilité du bien dotal; et c'est à cette conclusion, déjà adoptée dans le projet de code de 1851, que les progrès de la jurisprudence et de la doctrine doivent conduire, dans un avenir prochain, la législation espagnole.

[1] *De los vicios é defectos mas notables de la legislacion civil de España*, Madrid, 1852, p. 208-210.

LIVRE QUATRIÈME

FRANCE

LIVRE QUATRIÈME

FRANCE

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES GERMAINES

Jusqu'ici l'étude des diverses législations européennes a fait successivement passer sous nos yeux les divers éléments juridiques qui ont concouru à former le droit et la civilisation modernes. Nous avons vu tour à tour les coutumes grossières des Germains du Nord se développer en s'épurant dans les codes de la Scandinavie et dans les institutions féodales de l'Angleterre, tandis que dans le Midi la tradition romaine et canonique retenait sous son empire la classique Italie et la catholique Espagne. Tous ces éléments, sans exception, vont reparaître à nos yeux, groupés et réunis, dans l'étude historique de la loi française; le droit germanique, le droit féodal, le droit romain, le droit canonique, ont chacun sa place et son jour dans le tableau varié et changeant que nous présente l'ensemble de nos coutumes nationales. Parcourez une à une ces diverses provinces qui devront composer un jour la nation la plus jalouse et la plus fière de son unité, vous y verrez dominer tour à tour l'esprit canonique de l'Espagne, l'esprit romain de l'Italie, l'esprit germanique des États du Nord, l'esprit féodal de l'Angleterre. Pour éclairer les coutumes françaises, nous devrons donc rassembler tous les documents épars que nous sommes

allé puiser d'une extrémité de l'Europe à l'autre, et cette étude spéciale de notre droit sera en même temps un résumé général de tout ce qui précède.

Mais est-ce là tout, et l'analyse de notre loi française va-t-elle nous offrir seulement une combinaison nouvelle d'éléments déjà connus? A côté de ces origines juridiques qui sont moins françaises qu'européennes, n'allons-nous pas découvrir quelque source nouvelle et exclusivement nationale? Plusieurs savants ont cru la trouver dans les mœurs et les lois gauloises : ils ont exploré avec un soin pieux ces antiques institutions de nos pères, ils ont affirmé leur originalité et leur persistance, et cette opinion, propagée avec un zèle auquel le sentiment patriotique n'était peut-être pas étranger, a rallié en France de nombreux et chaleureux partisans[1]. La question est trop vaste pour trouver place dans le cadre de cette étude; elle n'y touche que par un point, et, sur ce point spécial, la solution me paraît simple et facile : je n'hésite pas à dire que, de toutes les institutions françaises relatives à la condition privée de la femme, il n'en est pas une seule où l'on puisse reconnaître avec certitude ou même avec quelque vraisemblance l'empreinte du droit celtique. Tous les documents qui nous restent sur la condition civile des femmes dans la Gaule druidique se réduisent à quelques indications éparses dans le livre de César; je vais les réunir et l'on verra que, parmi les institutions qu'elles signalent, les unes ont disparu sans laisser de trace, les autres ressemblent si bien à celles de la Germanie, qu'il est impossible aujourd'hui à l'œil le plus exercé de démêler, parmi les débris qui en restent, ce qui appartient aux Germains et ce qui doit revenir aux Gaulois.

A coup sûr les plus zélés partisans du droit celtique ne nous demanderont pas de ranger parmi les origines de notre droit certaines coutumes sauvages dont parle César, telles que la promiscuité des femmes entre tous les membres d'une

[1] Voy. surtout : Grosley, *Recherches pour servir à l'histoire du droit français*, Paris, 1752; — Chambellan, *Études sur l'histoire du droit français*, Paris, 1848.

même famille et l'usage de brûler l'épouse favorite sur le même bûcher que le cadavre du mari[1]. Quant à la polygamie en usage chez les chefs de tribus, quant au droit de juridiction attribué au mari et à l'assemblée des proches pour réprimer les délits de la femme[2], sont-ce là des traits particuliers aux mœurs celtiques? ce que César nous dit ici des Gaulois, n'est-ce pas précisément ce que Tacite nous disait des Germains?

J'arrive enfin au passage le plus important, celui où César nous décrit le régime matrimonial usité dans les Gaules : « Le mari, dit-il, apporte au ménage une somme égale à la dot de l'épouse; on confond ces deux apports, l'on en conserve les fruits, et l'on attribue le tout à l'époux survivant[3]. » Je n'essayerai point de rendre compte de tous les débats suscités par ce passage célèbre, ni d'ajouter une explication nouvelle aux dix explications qu'il a déjà reçues. Elles peuvent toutes, en somme, se ramener à deux principales : les uns ont vu dans le contrat décrit par César une sorte de communauté partielle avec gains de survie, et ce régime ainsi compris ne diffère point, dans son principe, des pactes nuptiaux usités chez les Germains du Nord[4]; les autres y ont vu une convention particulière, qui aurait frappé d'inaliénabilité pendant toute la durée du mariage les apports des deux époux et les revenus mêmes de ces apports[5]. Un pareil régime matrimonial serait, j'en conviens, particulier aux Gaulois, mais tellement particulier, qu'on n'en pourrait trouver de semblable ou d'analogue, ni dans la législation française, ni même « dans aucune

[1] César, V, 14; VI, 19.

[2] César, VI, 19 : « Viri in uxores... vitæ necisque habent potestatem; et quum pater familiæ, illustriore loco natus, decessit, ejus propinqui conveniunt, et de morte si res in suspicionem venit, de uxoribus in servilem modum quæstionem habent. »

[3] *Ibid.* : « Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

[4] Voy. *suprà*, p. 227, 228.

[5] Voy. Humbert, *Du régime nuptial des Gaulois*, Paris, 1858.

autre coutume connue[1]. » C'est donc en vain que nous cherchons les vestiges d'un droit purement national : partout où nous ne rencontrons pas les traces du droit romain, nous reconnaissons celles du droit germanique. Peut-être, au reste, les coutumes germaines apportées par l'invasion ne se sont-elles si aisément implantées sur le sol gaulois que grâce à cette affinité avec les coutumes celtiques, qui leur avaient, pour ainsi dire, préparé le terrain. C'est à cet obscur travail de préparation que se réduit, selon toute apparence, la part qui revient aux institutions gauloises dans la formation de notre droit national. Hâtons-nous de sortir de ces ténèbres, pour suivre la tradition germaine à travers les transformations successives qu'elle a subies, en passant tour à tour dans les capitulaires de nos premiers rois, dans notre loi féodale, enfin dans nos anciens coutumiers.

I.

Toutes les nations de l'Europe moderne sont sorties ensemble du chaos de l'invasion barbare : chacune d'elles compte des Germains parmi ses ancêtres et un code barbare parmi ses monuments législatifs. Mais tous ces codes sont loin d'être semblables les uns aux autres, et sous des dénominations communes se cachent ici des notions différentes et presque opposées. On a déjà pu s'en convaincre dans les pages qui précèdent : on a vu combien la loi des Scandinaves, où la tradition germaine s'est conservée sans mélange, ressemble peu à la loi des Visigoths par exemple, dont la physionomie barbare s'est presque effacée sous l'influence romaine et canonique. Issue des mêmes origines, mais dans des circonstances différentes, la loi des Francs forme en quelque sorte un terme moyen entre les coutumes encore primitives de la Scandinavie et les codes déjà savants des monarchies gothiques ; en parcourant ses diverses disposi-

[1] Ch. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, Paris, 1846, p. 36.

tions, nous allons la voir incliner tour à tour, tantôt vers les lois des Germains du Nord, tantôt vers celles des Germains du Midi.

Chez les Francs comme chez les Germains du Nord, la femme restait toujours en tutelle; les anciennes formules en font foi[1]. Mais cette tutelle, loin d'être la négation de ses droits, les consacrait en les protégeant. La femme était propriétaire, et pouvait acquérir des immeubles comme des meubles[2]. Elle acquérait d'abord par succession : jamais les lois des Francs, sans en excepter même la fameuse *loi salique*, n'ont dénié à la fille, à la mère, à la sœur, les droits d'héritière; la femme, il est vrai, ne pouvait prétendre à la *terre salique*, au domaine des aïeux, qu'à défaut d'héritiers mâles[3]; mais en revanche elle avait un droit privilégié, ou tout au moins un droit égal, sur le reste de la succession[4]. Elle acquérait aussi, lorsqu'elle était victime d'un tort ou d'une injure, la *composition* payée par l'offenseur[5]. Enfin elle était dotée : c'est ici son droit le plus précieux, la plus ferme garantie de son indépendance, et ce droit est consacré chez toutes les tribus franco-germaines. Si les anciennes formules nous représentent la mariée comme vendue par ses tuteurs à son nouvel époux, ce n'est là qu'un pur symbole, semblable à celui de la *coemptio* romaine : le *sou* et le

[1] Pour la femme mariée : « Placuit inter nos... et Sophia quæ... legem videtur vivere Salica, ipso namque jugali et mundualdo suo consentiente. » Muratori, *Antiq. Italic.*, t. II, col. 271. — Pour la veuve : « Ego Helegrina, consensu et voluntate de filio meo Aliperto, in cujus mundium ego permaneo.... » Du Cange, v° *Mundualdus*. — Le *reparius*, qui intervient dans le second mariage de la veuve, est aussi un véritable tuteur. Form. longob., 20, 21 (Canciani, t. II, p. 477).

[2] Form. Marculfi, I, 12; form. Sirmond., 17, 18; form. Andegav., 40 (Ch. Giraud, t. II, p. 434).

[3] Capit. Childerici, ann. 561-581 (Pertz, t. IV, p. 10).

[4] L. Burgund., XIV, 2 : « Si forte defunctus nec filium nec filiam reliquerit, ad *sorores* vel propinquos parentes hereditas redeat ». — L. Ripuar., LVI, 3 : « Si autem nec eos (fratres sororesve) habuerit, tunc *soror* matris patrisque succedat. » — L. Thuring., VI, 1, 6.

[5] Du moins en partie. Je n'ai pas, sur ce point, de preuves directes, mais seulement des analogies tirées de ce qui est établi, soit par les lois barbares autres que celles des Francs (Grägäs, *Festath.*, 20; *Vigslodi*, 54; — L. Saxon., 6, § 3), — soit pour les pupilles autres que la femme (L. Burgund., XXVI, 5).

denier de la loi salique[1] rappellent le lingot d'airain avec lequel l'époux, dans l'ancienne Rome, frappait le plateau de la balance. La femme franque n'est point vendue, elle n'est point l'esclave, la propriété de son mari; elle est elle-même propriétaire et deux fois dotée, d'abord par ses parents[2], ensuite, comme on va le voir, par son mari lui-même.

Au temps de Clovis ou de Charlemagne, tout comme au temps de Tacite, le futur époux apportait en présent à sa fiancée des chevaux, des troupeaux, des armes, souvent même des champs et des maisons[3]. Cette *dot,* car on l'appelait de ce nom, était exigée par les lois comme une condition du mariage[4]. Elle conférait à la femme, non pas une simple expectative, un simple droit de survie[5], mais une jouissance et une propriété actuelles, effectives, et qui se réalisaient dès le jour où commençait la vie commune[6]. De cette communauté de jouissance découlait pour la femme un droit plus important encore : elle était considérée comme l'associée de son mari, comme collaborant avec lui, et le fruit de

[1] Frédégaire, *ad Gregor. Turon. Epitom.,* cap. 18 (ap. Bouquet, t. II, p. 399) : « Legati offerentes *solidum et denarium, ut mos erat Francorum,* eam (Clotildem) partibus Chlodovei sponsant. » — L'on ne peut voir un achat du *mundium,* ni dans le *reipus,* payé au *reparius* de la veuve (L. Salic., 47), lequel n'est aussi qu'un prix fictif (Grimm, *Rechtsalterth.,* p. 426); ni dans l'*achasius,* payé aux parents du premier mari (Capit. Chlodovei, ap. Pertz, t. IV, p. 3), qui est dû, entre autres, à la mère du mari; ni dans le *wittemon* (L. Burgund., 69), qui est dû même aux cognats. Rive, *Geschichte der Vormundschaft,* t. I, p. 253.

[2] Marculf., II, 10; L. Baiuv., VII, 14. Remarquez que cet apport de la femme ne reçoit jamais le nom de *dos,* mais celui de *faderfium, vatergeld, pecunia profectitia.*

[3] De Rozière, *Recueil de Formules,* Paris, 1859-1861, p. 224-246.

[4] « Dos legitima. » L. Alamann., 55; L. Ripuar., XXXVII, 2; Append. Marc., 52. — Fragm. hist. (Duchesne, t. II, p. 404) : « Item, in die festivitatis septuagesimæ, prædictam concubinam suam *desponsatam atque dotatam* (Carolus Calvus) in conjugem accepit. »

[5] La dot restait à la femme, non-seulement en cas de prédécès du mari, mais aussi en cas de répudiation (L. Baiuv., VII, 14; L. Burgund., XXXIV, 2); enfin, en cas de prédécès de la femme, la dot passait, en tout ou en partie, à ses héritiers. Chlodov. capit., VIII, § 2; Chilper. edict., 4 (Pertz, t. IV, p. 4, 10).

[6] Append. Marc., 38; Constitutio dotis reginæ uxoris Karoli III, a. 907 (Walter, t. III, p. 233 et suiv.) : « ... De nostro jure in jus et proprietatem seu dominationem illius transfundimus et perpetualiter habendos delegamus. »

cette collaboration, c'est-à-dire les économies et les acquisitions faites durant le mariage, se partageait, avec plus ou moins d'égalité, entre les deux époux[1]. Ce qui est surtout digne de remarque, c'est que le droit de la femme sur ces conquêts était de la même nature que son droit sur la dot elle-même : ce n'était pas un gain de survie, c'était un droit qui s'ouvrait et se réalisait dès le commencement du mariage, c'était, en un mot, un droit de *communauté*. Qu'on lise attentivement les anciennes formules, on y verra la femme disposer, pendant le mariage, de sa part de conquêts, non pas comme d'un droit futur, mais comme d'une propriété actuelle[2]; on la verra en disposer au profit de son mari lui-même, ce qui eût été impossible et absurde s'il eût fallu la mort de son mari pour donner ouverture à ses droits[3].

Enfin c'est surtout à la dissolution du mariage qu'apparaît le vrai caractère du pouvoir conjugal dans les lois franques. On a vu que, chez tous les peuples où la femme est vendue et traitée comme la propriété du mari, elle continue, dans le veuvage, à appartenir à la famille qui l'a achetée[4]. Chez les Francs, au contraire, le mariage une fois dissous, la veuve quitte la famille de son mari pour rentrer dans la sienne[5]. Le seul droit que les parents du mari défunt con-

[1] La plupart des lois accordaient à la femme un tiers des conquêts : « Tertiam partem de omnibus quæ Dagobertus rex acquisierat postquam Nanthildis regina regnare cœperat, eidem reservant. » Gesta Dagoberti, 47 (Duchesne, t. I, p. 587); L. Ripuar., XXXVII, 2. — Quelques-unes lui en donnaient la moitié.

[2] Marculf., II, 3, 4, 5, 17 : « Ego et conjux mea... de jure nostro transmittimus villas illas... quod pariter stante conjugio adquisivimus. »

[3] Marculf., I, 12; II, 7 : « Ego illa, dulcissime jugalis meus ille,... dono tibi,... tam de hereditate parentum quam de comparatum, vel quod pariter laboravimus. » — * Dans une autre opinion, d'après les lois des Francs, le droit *légal* de la femme mariée à une part des acquêts n'aurait été qu'un simple droit de survie. Seulement le mari constituait souvent à l'épouse, à titre de *dos* ou de *morgengabe* une part dans les acquêts futurs; et alors celle-ci avait sur les acquêts un droit ferme, comme sur tout autre objet compris dans ces donations. Ce seraient de semblables hypothèses que viseraient les formules citées de Marculfe. Voyez, Schröder, *Geschichte d. ehel. Güterrechts*, p. 92.

[4] Voy. *suprà*, p. 25, 50, 57.

[5] L. Salic., 46. Cpr. Peters, *Comment. ad. tit.* 47 (46) *L. Salicæ*, Berol., 1830.

servent encore vis-à-vis d'elle, c'est celui d'être consultés, dans le cas où elle voudrait contracter une nouvelle union, ayant encore des enfants de la première [1].

Jusqu'ici, comme on le voit, les lois franques sont demeurées fidèles aux plus antiques traditions germaines. Les détails ont pu varier, les principes sont restés les mêmes : propriétaire, héritière, dotée, associée aux droits du mari, à demi indépendante sous la tutelle qui la protège, nous retrouvons la femme chez les Francs à peu près telle que nous l'avions laissée chez les Scandinaves ou dans la Germanie primitive. Mais à côté de ces coutumes vraiment germaniques que les compagnons de Mérovée et de Clovis avaient importées de leur première patrie, les codes francs nous présentent des institutions d'un tout autre caractère, qui, à coup sûr, n'avaient point pris naissance sur les rives de l'Yssel ou du Weser, et que les conquérants des Gaules rencontrèrent pour la première fois sur le territoire de l'Empire. Les lois romaines étaient trop profondément enracinées dans le sol gaulois pour être emportées par le torrent de l'invasion barbare. Elles trouvèrent d'ailleurs un protecteur habile et puissant dans le clergé, qui déjà se montrait docile aux influences parties de Rome. La loi des Visigoths, dictée par les conciles, semble écrite pour des Romains plutôt que pour des Barbares [2], et cette loi a longtemps régné sur la Gaule méridionale. Le même esprit qui domine dans le *Forum* des Visigoths, se trahit souvent, quoique plus timide et plus voilé, dans les monuments juridiques des Burgondes, des Ripuaires et même des Saliens. Je pourrais reprendre une à une toutes les institutions que je parcourais tout à l'heure, et signaler, dans chacune d'elles, à côté du vieil élément germanique, l'élément canonique et romain qui est venu s'y mêler.

La tutelle des femmes, par exemple, était chez les premiers Germains un droit exclusivement domestique et une

[1] Chlodov. capit., VII, 1 (Pertz, t. IV, p. 3) : « Si de anteriore marito filios habet, parentes infantem suorum *consiliare* debet. »

[2] Voy. *supra*, p. 314 et suiv.

sorte de propriété de famille : dans les capitulaires, nous allons voir cette tutelle passer peu à peu sous le contrôle du clergé et des fonctionnaires royaux. La part de succession des femmes, d'après la plupart des coutumes germaniques, était inférieure à celle des héritiers mâles : l'usage du testament romain vient rétablir entre les deux sexes l'égalité des droits héréditaires[1]. Le mariage, sous les lois barbares, pouvait se dissoudre par le divorce : les capitulaires, échos des canons ecclésiastiques, le déclarent indissoluble[2]. Dans les pactes nuptiaux, l'on voit la dot germanique dégénérer peu à peu, comme chez les Visigoths, en une sorte de *donatio propter nuptias*[3]. Les donations entre époux, si elles ne sont pas interdites, comme dans la loi romaine, sont du moins soumises à des formalités gênantes[4]. Enfin, une fois devenue veuve, la mère n'a pas un simple droit d'éducation et de garde sur la personne de ses enfants, comme dans les coutumes scandinaves; la loi des Burgondes, comme celle des Visigoths, lui confère une véritable tutelle[5]. En un mot, si nous retrouvons partout l'ancien droit germanique dans les monuments de cette époque, partout aussi nous rencontrons à côté le droit canonique et le droit romain.

Ce mélange confus d'institutions incohérentes est fait pour surprendre des gens habitués, comme nous, à vivre sous l'empire d'une législation régulière et uniforme. Mais reportons-nous par la pensée au milieu des contemporains de Clovis et d'Alaric, et cet étonnement disparaîtra. Il en était du droit, à cette époque, comme de la langue, comme de la société elle-même : le droit n'était pas encore formé, il était

[1] Marculf., II, 12 : « Diurna, sed impia, inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem..., te, dulcissima filia mea, contra germanos tuos in omni hereditate meæ æqualem et legitimam esse constituo heredem. »

[2] Cap. Aquisgr., ann. 789, c. 42 ; cap. Worm., ann. 829, III, 3 (Walter, t. II, p. 86, 385).

[3] Petri except., I, 30 ; *suprà*, p. 316.

[4] Il faut qu'elles soient faites *apud acta* et par écrit. Marculf., II, 7; for. Sirmond., 17.

[5] L. Burgund., 59 : « Amisso patre, filii, cum omni facultate, in ejus (viduæ) solatio et potestate consistant. »

en voie de formation, et les éléments qui devaient le composer un jour luttaient entre eux avant de s'unir. Dans ce lent et obscur travail de formation, l'on peut distinguer plusieurs phases successives; celle que nous étudions en ce moment et qui s'ouvre avec l'invasion, s'achève et se clôt avec l'œuvre législative de Charlemagne. Entre ces deux termes, la distance est grande, au point de départ, ce qu'on appelle le peuple franc n'est encore qu'un assemblage mal uni de tribus indisciplinées, tantôt éparses dans les bois, tantôt groupées pour un jour à la suite d'un chef de bande; au terme de la période, l'État est fondé, les pouvoirs publics sont constitués, et le nouvel empire qui s'élève, quoique moins solide que l'ancien, l'égale presque en éclat et en grandeur. Comment cette révolution s'est-elle accomplie? Comment au régime patriarcal de la tribu a succédé le régime monarchique d'un grand empire? C'est ce qu'il importe de rechercher; car à cette révolution dans l'ordre politique correspond une révolution non moins profonde au sein de la famille, et un changement complet dans la condition de la femme.

Les monuments juridiques, qui seront nos seuls guides dans cette recherche, fournissent sur cette transformation sociale des renseignements précis et irrécusables. Au début de l'invasion, ils nous montrent la tribu germaine régie encore par des institutions patriarcales; chaque famille, se gouvernant elle-même, forme une sorte de république indépendante, et s'il survient un différend entre deux familles rivales, il se règle comme se règle de nos jours un conflit entre deux puissances, par un traité ou par la guerre : la guerre privée, la *faida*, qui nous semble aujourd'hui le renversement du droit, en était alors la première, peut-être l'unique garantie [1]. Si maintenant nous franchissons un intervalle de trois siècles, si nous ouvrons les capitulaires des premiers rois carlovingiens, qu'y trouvons-nous? La *faida*

[1] Voy. *suprà*, p. 198. Cpr. K. A. Rogge, *über das Gerichtswesen der Germanem*, Halle, 1820.

bolie, la justice publique organisée, et les pouvoirs domestiques soumis au contrôle du pouvoir royal.

Cette réforme radicale n'est que le dernier résultat de bien des réformes partielles et successives, dont on peut suivre le progrès comme pas à pas dans la série d'actes législatifs qui occupe cette période. Le jour où la tribu germaine, abandonnant ses forêts, vint s'établir dans les cités latines, ses lois changèrent comme ses mœurs. Le spectacle d'une civilisation merveilleuse pour des barbares, la douce et irrésistible influence du christianisme, l'habitude de la discipline imposée par de longues guerres, l'attrait d'une vie paisible après tant de fatigues et de combats, tout semblait conspirer pour plier ces peuplades turbulentes au joug d'une loi régulière. Toutefois les vieilles institutions germaniques ne succombèrent pas sans résistance. Les premiers législateurs barbares se bornent à déplorer l'usage des guerres privées sans oser les abolir. Ne pouvant supprimer la *faida*, ils se contentent d'abord d'en régulariser l'exercice : ils déterminent avec un soin minutieux dans quelles conditions peut s'exercer le droit de vengeance, dans quel temps, dans quels lieux, entre quelles personnes [1]; et les restrictions deviennent de plus en plus étroites à mesure que la civilisation gagne du terrain sur la barbarie [2]. Parfois enfin la guerre est interdite, et le traité de paix entre l'offenseur et l'offensé, qui était facultatif de sa nature, est imposé par la loi [3].

[1] Westhgœthalagen, I, 6 (Schlyter, t. I, p. 17) : la vengeance doit s'exercer au lieu même et à l'heure même du délit, « a sama vighvalli oc i sama stund. » — L. Frision, add. I, 1 : « Homo faidosus pacem habeat in ecclesia, in domo sua, ad placitum eundo. » — L. Saxon., II, 6 : « Si mordum quis fecerit..., ille ac filii ejus sint faidosi. »

[2] Par exemple, tandis que les anciennes lois irlandaises permettaient, en principe, de tuer l'offenseur (Grágàs, *Vigslodi*, 79, 105; éd. Schlegel, t. II, p. 123), les lois franques veulent que le mal fait à l'offensé soit proportionné au préjudice souffert. L. Ripuar., 77. Cpr. Chlodov. cap. IX (Pertz, IV, 4). Aelfrêdes dômas, XLII, 4 (Schmid, Leipsick, 1858, p. 96).

[3] Grágàs, *Vigslodi*, 15 (t. II, p. 20) : « Si, dans les trois jours après le meurtre, le meurtrier offre satisfaction et demande la paix, les parents du mort ne peuvent la lui refuser. »

À mesure que l'indépendance individuelle fléchit, l'on voit surgir et s'élever l'autorité du pouvoir royal. Parés des titres empruntés de patrice et de consul, les chefs barbares revendiquent l'héritage des anciens maîtres du monde Sacrés par les pontifes chrétiens, ils se prétendent investis par Dieu lui-même de la mission de faire régner sur la terre la justice et la paix. « Un roi chrétien, disait Ethelred, est le représentant du Christ, c'est donc à lui qu'il appartient de punir les offenses faites au Christ[1]. » Ce principe fécond donne naissance à tout un système d'institutions nouvelles et bientôt l'on voit s'établir, à côté de la guerre privée, l'accusation et la poursuite au nom du roi[2]; à côté des arbitres privés, le juge nommé par le roi[3]; à côté de la *composition* payée à la personne lésée, l'amende payée au roi[4]. Cette intervention de la justice royale, qui n'était d'abord qu'exceptionnelle et subsidiaire[5], élargit peu à peu son domaine : dans les commencements, le roi n'agissait que dans l'intérêt de ceux qui ne pouvaient agir eux-mêmes, c'est-à-dire des incapables privés de tuteurs[6]; plus tard il vient contrôler la poursuite privée, et l'offensé ne peut plus exercer son droit de vengeance que lorsque le juge royal lui a livré l'offenseur[7].

Enfin Charlemagne paraît et imprime au progrès de la

[1] Aethelrêdes dômas, VIII, 2 (Schmid, p. 244) : « Cristen cyning is Cristes gespelia..., and he sceal Cristes àbilgthe wrecan swîthe georne. » — Guntchrami edict. (Pertz, t. III, p. 3).

[2] « Accusator publicus, advocatus de parte publica. » Form. ad L. Rachîs, 6, 8 (Walter, t. I, p. 829, 830).

[3] « Judex *publicus*, grafio, comes. » Edict. Chlotar. II, ann. 614 (Pertz, t. III, p. 14). Cpr. Edict. Rothar.. 163, 189 : « Sit in potestate regis judicare quod illi placuerit. »

[4] Par la *compositio*, l'offenseur faisait la paix avec la partie lésée; par le *fredus* (*frieden*, paix), il faisait sa paix avec le roi : « Ut pax perpetua stabilis permaneat, » dit la L. Ripuar., 89 (al. 91). Le délit est appelé : « cynincges mundbryce » (Cnutes dômas, I, 2, § 4; II, 12; — Schmid, p. 252, 277), — ce qui veut dire « violation de la paix du roi. »

[5] Ainsi le *fredus* ne pouvait être exigé qu'après que la *compositio* avait été entièrement acquittée. L. Ripuar., 89 (91).

[6] L. Salic. ref., LXIII, 3; — Gràgàs, *Vigslodi*, 65 (t. II, p. 107).

[7] L. Baiuv., VIII, 8 : « Fur comprehensus judici tradatur, et secundum legem *vindictæ subjaceat.* » Wilda, *Strafrecht der Germanem*, Halle, 1842, p. 165 et suiv.

législation une direction plus sûre et un mouvement plus rapide. La répression des délits, dit le grand législateur du moyen âge, n'a point pour objet la vengeance, « mais le maintien de la justice et de la paix[1]. » Fidèle à ce principe, la loi retire aux particuliers, non-seulement le droit de châtier le coupable, mais encore le droit de lui assurer l'impunité en traitant avec lui. Une police est organisée pour découvrir les délits que la connivence des parties intéressées retiendrait dans l'ombre[2]; la *composition* privée est soumise à la sanction des juges royaux[3], et la *faida* est abolie[4]. Désormais c'est au roi seul qu'appartient le droit, soit de punir, soit de faire grâce; la tribu et la famille ont déposé leur glaive entre ses mains; l'état moderne est fondé, la révolution est accomplie.

Le contre-coup de cette grande révolution politique s'est fait sentir au sein de la famille, et la condition privée de la femme (il est temps enfin d'y revenir) en a reçu l'atteinte. La femme, dans toutes les législations peu avancées, a été mise au rang de ces personnes incapables auxquelles il faut un maître ou un protecteur. Ce protecteur ou ce maître, elle le trouve dans la famille, tant que dure le régime patriarcal et que la famille est toute-puissante. Mais que l'État se forme, que le pouvoir public grandisse et s'élève au-dessus des pouvoirs domestiques, et l'on voit la tutelle des incapables passer en des mains nouvelles et cesser d'être un droit de famille pour devenir une charge publique, exercée sous le contrôle de l'État.

Tel est le phénomène que présente l'histoire de toutes les législations, à commencer par la loi romaine. Dans les

[1] « Ad veram justitiam perficiendam et pacem confirmandam. » L. Longob., c. 84, 86 (Walter, t. III, p. 597).

[2] Pippin. L. ann. 782, c. 8 (Pertz, t. III, p. 43) : « Judex unusquisque per civitatem faciat jurare ad Dei judicia homines *credentes* (dignes de foi)... ut, cui ex ipsis cognitum fuerit, i. e. homicidia, furta, etc., ut nemo eas concelet. »

[3] Les anciennes lois scandinaves exigeaient cette sanction pour les grands crimes. Gràgàs, *Vigslodi*, 38 (t. II, p. 76). Les lois postérieures l'exigent toujours. Childeb. II et Chlotar. Pactus pro tenore pacis, 3 (Pertz, t. III, p. 7).

[4] Cap. a. 779, c. 22; cap. in Theod. villa, a. 805, c. 5; cap. Aquisgr., a. 813, c. 28, etc. (Walter, t. II, p. 61, 259, 333, 387).

mœurs patriarcales de l'ancienne Rome comme dans celles de la Germanie, la famille jouissait d'une autorité exclusive sur les plus faibles d'entre ses membres, sur les femmes et sur les enfants; cette tutelle des enfants et des femmes n'était point une charge, mais un droit, un droit d'agnation, tout comme les droits héréditaires dont elle était l'accessoire et la garantie[1]. Mais peu à peu ces mœurs changèrent, les liens de famille, en se relâchant, ouvrirent un passage à l'intervention de l'État, le préteur prit sous sa garde les intérêts des incapables, d'abord pour suppléer le tuteur agnat, plus tard pour le surveiller, parfois même pour l'exclure, et la jurisprudence proclama ce principe nouveau, que la tutelle est instituée, non dans l'intérêt de celui qui l'exerce, mais dans l'intérêt seul de celui qui la subit. Ce principe agit fort diversement sur les deux espèces de tutelle, celle des impubères et celle des femmes : il rendit la tutelle des impubères plus rigoureuse et plus efficace; pour la tutelle des femmes, au contraire, il l'affaiblit et finit par la détruire : car du moment qu'on ne regarda plus qu'à l'intérêt de la personne incapable, on ne tarda pas à comprendre que le véritable intérêt d'une femme majeure, c'était d'avoir le libre et plein exercice de ses droits.

Le même changement dans le principe de la tutelle s'est accompli dans nos lois franques : chez nous aussi, la tutelle était d'abord un droit domestique pour le tuteur; chez nous aussi, elle est devenue une charge publique dans l'intérêt du pupille. Mais ce changement n'a pas eu chez nous les mêmes effets que dans l'ancienne Rome : il n'a pas émancipé la femme franque comme il avait émancipé la femme romaine. Dans des temps de désordre et de violence, où l'on ne pouvait guère trouver le repos et la sécurité qu'au fond d'un cloître ou sous les créneaux d'un château-fort, la loi devait assurer un protecteur, non-seulement à l'impubère, mais à quiconque n'avait pas une épée pour se défendre, au vieillard, à l'infirme, à l'affranchi, au prêtre[2],

[1] Voy. *suprà*, p. 137, 138.

[2] Voy. *suprà*, p. 282, note 1.

à la femme. La femme est donc restée en tutelle sous la loi franque, et, si l'on s'en tenait aux apparences, l'on pourrait croire que sa condition n'est pas changée : la tutelle perpétuelle, le *mundium*, pèse sur elle au temps de Charlemagne comme au temps de Clovis. Mais, quoique peu apparent, le changement n'en est pas moins réel et profond : le *mundium* de la femme, sous Clovis, n'appartenait qu'à la famille; sous Charlemagne, il appartient à l'État, et l'on va voir comment, par ce principe nouveau, toute l'organisation de la tutelle est renouvelée.

Dans les anciennes coutumes germaniques, le *mundium* n'était qu'un droit de famille : que la famille fît défaut, et il n'y avait plus de tutelle possible; ainsi l'enfant naturel restait sans tuteur, quel que fût son sexe ou son âge[1]. La tutelle était, pour la famille, une sorte de bien patrimonial, qu'elle pouvait abdiquer, céder, parfois même vendre à prix d'argent[2]. Mais, si nul n'était tuteur malgré lui, nul n'était privé malgré lui de son droit de tutelle[3] : le plus proche agnat, fût-il absent, empêché, fût-il lui-même en tutelle, n'en avait pas moins le titre et les droits de tuteur, sauf à faire exercer par autrui un office qu'il ne pouvait gérer lui-même[4]. Et de même qu'aucun pouvoir étranger ne pouvait exclure le tuteur légitime, aucun ne pouvait lui demander compte de son administration ni s'ingérer dans sa charge. A la famille seule appartenait le droit de s'interposer entre le pupille et son tuteur.

Mais la famille ne put conserver longtemps son autonomie; elle se vit réduite à compter avec les pouvoirs publics

[1] Sachsensp., I, 48, § 1. La tutelle ne devenait possible pour lui que s'il se créait une famille en se mariant : en ce cas, une fois vieux ou infirme, il tombait sous la tutelle de ses enfants. Schwabensp., 415, § 3, 4.

[2] Cpr. Ed. Rothar., 183, 199, 217.

[3] Pas même par le testament du père de famille. Il est probable que la tutelle testamentaire, de même que la succession testamentaire, n'a pénétré dans les lois barbares que grâce à l'influence du droit romain.

[4] L'enfant, bien que mineur, n'en est pas moins le tuteur de sa mère, comme dans l'ancien droit romain : « Vere ipsam Gundi ego uxorem habeo, eo quod mihi eam ad legitimum matrimonium tradidit *Amalfredus filius ejus, cum mundualdo suo.* » Diplom. a. 874 (Mabillon, l. VI, n. 105, p. 544).

et à les admettre au partage de sa puissance. Le roi, gardien de la justice et du droit de tous, devait surtout sa protection à ceux qui ne pouvaient se protéger eux-mêmes. Les livres saints lui en faisaient un devoir; représentant de la Divinité, il devait, selon le langage des Écritures, « être le père des orphelins et le refuge des veuves[1]. » Aussi les évêques chrétiens, au couronnement des princes, leur faisaient-ils jurer, avant toutes choses, « de protéger les faibles, c'est-à-dire les ministres de Dieu, les enfants et les femmes[2]; » et les rois à leur tour, en nommant leurs fonctionnaires, leur faisaient prêter le même serment[3].

Toutefois, cette idée d'une tutelle royale, si étrangère aux mœurs germaines, ne parvint à se réaliser et à pénétrer dans les institutions que lentement et par degrés. Le roi n'intervint d'abord que comme tuteur subsidiaire et ne prit sous sa garde que ceux pour qui toute tutelle domestique faisait défaut : « Il est juste, disent les anciennes formules, que le pouvoir royal étende sa protection sur les personnes qui sont incapables et privées de défenseurs[4]. » Ces personnes étaient les bâtards, les étrangers, les juifs, les ecclésiastiques[5], enfin les femmes qui n'avaient ni mari ni parents[6]. Toutes ces personnes étaient placées sous la garde

[1] Deutéronome, XXVII, 19; Exode, XXII, 21-24; Friesisch. Küren, 11 (Richthofen, Berlin, 1840, p. 19) : « Fretho alle widuon and alle werlase liodon,... thruch natha and thruch Godis nata. » (Paix aux veuves et à tous ceux qui ne peuvent porter les armes,... par grâce et au nom de Dieu.) — Aethelrêdes dômas, V, 21 (Schmid, p. 224) : « And sî œlc wydewe... on Godes grithe and on thœs cynges. » (Et soit chaque veuve en la paix de Dieu et en celle du roi). — Capit. IV, ann. 806, c. 9 (Walter, t. II, p. 223) : « Sub Dei defensione et nostro mundeburdo. »

[2] « Deus hoc potissimum desiderat, dit l'archevêque de Mayence, au couronnement de Conrad II, ut sis defensor ecclesiarum et clericorum, *tutor viduarum* et orphanorum. » Wippo, *Vita Conradi* (cité par Kraut, *die Vormundschaft*, t. I, p. 80).

[3] Marculf., I, 8 : « Actionem comitatus... tibi commisimus, ita ut... viduis et pupillis maximus defensor appareas. »

[4] Marculf, I, 24.

[5] Capit. I, ann. 806, c. 15; l. V, c. 364 (Walter, t. II, p. 219, 576); Sachsensp., III, 7, § 3; 45, § 11. Les bâtards étaient appelés *enfants du roi*. Haltaus, v° *Kœnigskinder*.

[6] Ed. Rothard., 205, 182 : « Si parentes non fuerint legitimi, tunc mundium mulieris ad *curtem regis* pertineat. » L. Salic. ref., XLVI, 11.

des fonctionnaires royaux et étaient appelées dans le langage juridique d'alors « les pupilles du roi[1]. »

A mesure que l'autorité royale s'affermit, la tutelle royale agrandit son domaine et empiéta par degrés sur celui de la tutelle domestique. Pouvait-il en être autrement? Si le roi était préposé par Dieu même à la garde des faibles et des opprimés, lui suffisait-il, pour remplir sa divine mission, de subvenir à ceux qui n'avaient pas de protecteur naturel? Ne devait-il pas la même assistance à ceux qui ne trouvaient dans leur tuteur légitime qu'un maître dur ou qu'un administrateur infidèle? S'inspirant de ces idées, les princes carlovingiens ne se bornent plus à remplacer les tuteurs quand ils se démettent, ils les surveillent et au besoin les destituent. « Que nos envoyés, dit Charlemagne, s'enquièrent de l'état des veuves et de toutes les personnes incapables; qu'ils veillent à ce qu'elles soient pourvues de tuteurs prudents et amis de la justice; s'il y a de mauvais tuteurs, qu'ils les remplacent; et s'ils ne peuvent par eux seuls réparer le mal, que l'affaire me soit soumise à moi-même. Car c'est à l'empereur, après Dieu et ses saints, qu'appartient la protection et la défense de l'orphelin et de la veuve[2]. »

Ainsi la tutelle des incapables sortait peu à peu de la famille pour passer en des mains nouvelles, et dans ce passage elle changeait entièrement de nature. Pour le tuteur, elle cessait d'être un droit et devenait une charge; impuissant à s'en démettre par une abdication volontaire, il pouvait s'en voir exclu par une destitution. Pour le pupille, au contraire (et je comprends sous ce nom la femme aussi bien que le mineur), son incapacité n'était plus autre chose qu'un privilége; une sanction spéciale et plus rigoureuse protégeait sa personne et ses biens : quiconque lui faisait injure, violait

[1] Fries. Landrecht, 13 (Richthofen, p. 65) : « Dio vidue is des Koninges mondele. » Capit. Car. Calvi, XXIV, 2 (Walter, t. III, p. 74).

[2] Cap. II, a. 802, c. 20-23 (Walter, t. II, p. 170) : « Ut omnes, ecclesiæ viduæ, (orphani) habeant bonos vicedominos et advocatos... Et quod per se (missi nostri) emendare non potuerint, in præsentiam nostram adduci faciant. » — Cap. I, a. 802, c. 5 (Walter, t. II, p. 159 : « ... Quia ipse Domnus imperator, post Domini et sanctorum ejus, quorum et protector et defensor esse constitutus est. »

la paix du roi et devait payer au roi une plus forte amende[1]. Une procédure, une juridiction spéciale était établie en sa faveur : sa cause devait être plaidée sans retard et avant toute autre[2]; l'accès de la justice, si étroit et si malaisé pour le commun des plaideurs, était pour lui large et facile, et, s'il avait à se plaindre de son tuteur, sa plainte était toujours écoutée. Le tuteur coupable n'encourait pas seulement la destitution, parfois encore il était puni d'une amende, car, en offensant son pupille, c'est le roi lui-même qu'il avait offensé[3].

Voilà ce qu'est devenu, au terme de cette période, l'ancien *mundium* germanique : il n'est plus pour la femme qu'un privilége et un bienfait. Toutefois ne nous y trompons pas : la loi, en accordant à la femme des priviléges de toute sorte, ne lui a point accordé ce qui vaut mieux que tous les priviléges, je veux dire l'égalité. La femme, dans les Capitulaires, n'est point l'égale de l'homme : fille, épouse ou veuve, elle a toujours au-dessus d'elle, non plus un maître, mais un protecteur. Sans doute cette tutelle perpétuelle, qui nous paraît aujourd'hui une institution vaïne et odieuse, était alors une nécessité des temps. La société était encore trop mal assise, l'ordre public trop mal assuré, pour que la femme, faible et désarmée, eût pu trouver la sécurité dans l'indépendance. Tout ce que la loi pouvait faire pour elle, c'était de l'entourer, comme le pupille chez les Romains, d'une protection assidue et vigilante. C'est là ce que sut faire Charlemagne, et cette œuvre était digne de son génie.

[1] « Ut viduæ...., per bannum regis pacem habeant (Cap. II, a. 813, c. 8), et, ubi fuerit infracta, LX solidis componatur. » Cap. a. 788, c. 2; cap. I, a. 819, c. 9; cpr. L. Salic., XIV, 5.

[2] Même avant celle du roi. Cap., l. II, c. 33 (coll. Ansegisi); cap. a. 755, c. 23; cap. III, a. 805, c. 3; cap. I, a. 819, c. 3.

[3] Cpr. Schwabensp., c. 324, § 12, 13.

II.

A la mort de Charlemagne, son œuvre sembla périr avec lui; l'on put craindre un instant que la société, à peine arrachée à la barbarie, n'y retombât pour toujours et que tant d'efforts et de génie ne demeurassent sans fruit pour l'humanité. Mais cette crise douloureuse n'était qu'une transition vers un ordre social nouveau, et quand on observe de près les institutions féodales, on les voit se rattacher par des liens étroits et nombreux aux institutions carlovingiennes. En ce qui concerne notamment le sujet particulier de cette étude, il est aisé de saisir le rapport logique qui unit l'ancien système législatif et le nouveau. Dans les pages qui précèdent, nous venons de voir le *mundium,* c'est-à-dire la puissance sur toutes les personnes incapables de porter les armes, passer peu à peu de la famille à l'État, et devenir un des attributs de la suzeraineté. C'est là le dernier résultat de la législation carlovingienne, et c'est en même temps le point de départ de la législation féodale. Le principe n'a point changé : dans le Livre des fiefs comme dans les Capitulaires, le droit de tutelle est demeuré un apanage du pouvoir politique. Ce qui a changé, c'est le pouvoir politique lui-même. Charlemagne l'avait concentré dans ses puissantes mains; à sa mort, son immense empire, brisé et comme réduit en poudre, se fractionne en milliers de petites seigneuries indépendantes. Chacun de ces petits seigneurs, roi dans sa terre, investi de tous les droits du suzerain, guerroyant, battant monnaie, rendant la justice, hérita aussi du droit de tutelle : tous les incapables, clercs, juifs, enfants, étrangers, femmes, en un mot tous ceux qui, n'ayant pas d'épée pour se défendre, ne pouvaient trouver la sécurité que dans la dépendance, échurent à ces nouveaux maîtres[1]. Ainsi la tutelle passe des mains du roi dans

[1] Grand coustumier de Normandie, ch. LXXVIII : « Pour ce que le Duc de Nor-

celles du seigneur féodal, comme elle a passé d'abord des mains de la famille dans celles du roi, et, dans ces deux évolutions successives, c'est toujours à la même loi qu'elle obéit, elle suit pas à pas le pouvoir social qui se déplace : l'on avait eu avec le régime patriarcal une tutelle domestique, avec le régime monarchique une tutelle royale, l'on devait avoir une tutelle seigneuriale avec la féodalité.

Jamais, en effet, plus que sous la féodalité, les faibles et les petits n'avaient senti le besoin de protection et de tutelle. Le régime féodal, à l'origine, était surtout un régime militaire[1]. Lorsque l'humeur turbulente des guerriers francs, mal domptée par Charlemagne, eut secoué le joug du pouvoir monarchique, lorsque chaque propriétaire, dans les limites de son domaine, se trouva maître, seigneur et roi, il fallut bien en revenir aux droits des armes. Entre deux seigneurs féodaux, comme autrefois entre deux familles germaines, c'est par les armes que se vidèrent tous les différends ; et comme, dans la famille germaine, le premier devoir de tous ses membres était de combattre pour la cause domestique, ce fut aussi le premier devoir du vassal de s'armer pour la cause de son seigneur. Le vassal n'était qu'un soldat, *miles,* comme disent les anciens diplômes. C'était comme prix de son service militaire, c'était à titre de solde[2] qu'il tenait son fief, et comme à ce fief étaient attachés tous ses droits, tous ses honneurs, et jusqu'à son nom

mandie, plein de charité, receut anciennement en sa garde et protection les veufves, femmes et orphelins, pour ce que leur fragilité ne leur laisse avoir aultre défenseur, le Bailly doibt faire aspre justice des mesfaicts qui leur sont faictz... » — La tutelle, pour les monastères, prit plus particulièrement le nom d'*advocatura,* de là les *avoueries* dans notre ancien droit et les *advowsons* dans la moderne Angleterre.

[1] Aussi les pays qui nous fournissent les documents les plus complets sur le système féodal, sont-ils ceux où la féodalité a été implantée par une armée conquérante, comme le royaume anglo-normand, le royaume normand d'Italie, le royaume chrétien d'Orient. La féodalité française n'est jamais parvenue à un aussi complet développement. Le seigneur français ne pouvait traiter des vassaux ou même des censitaires de même race que lui comme le baron normand traitait un thane saxon.

[2] *Fee-od, feodum, feudum.*

même, on peut dire qu'il ne possédait rien qu'il ne dût à son épée.

Quel pouvait être, sous un pareil régime, le sort de ceux à qui l'âge ou le sexe interdisait le métier des armes? Quel pouvait être le sort des femmes? Toujours soumises à l'autorité d'autrui, comme au temps de Clovis ou de Charlemagne, leur sujétion était même devenue, sous le régime nouveau, plus étroite et plus dure. Sous Clovis, la femme n'avait pour maître que ses parents et trouvait dans leur affection une garantie contre l'abus de leur puissance. Sous Charlemagne, la femme avait surtout pour maître un monarque placé trop haut au-dessus d'elle pour avoir quelque intérêt à l'opprimer. La féodalité, au contraire, n'avait placé la femme, ni sous la tutelle bienveillante de ses proches, ni sous la haute protection du souverain ; elle lui avait donné pour tuteur et pour maître un homme qui, placé près d'elle et cependant étranger à sa famille, devait devenir le plus insupportable des tyrans. Heureusement le principe féodal rencontra toujours en France, soit dans les mœurs, soit dans les lois, des tempéraments et des obstacles; attaqué et pressé de toute part par le droit romain, par le droit canon, par le droit coutumier, il perdit pièce à pièce la plus grande partie de ses domaines, et pour déterminer avec exactitude les limites de son application, nous devrons distinguer plusieurs périodes successives.

Il est assez probable que, à l'origine, les femmes n'avaient point part à la propriété féodale et étaient regardées comme incapables de posséder des biens dont elles ne pouvaient remplir les charges[1]. Sans doute la convention par laquelle un seigneur aurait concédé un fief à une femme, n'aurait rien eu d'impossible : car le seigneur était souverain dans ses domaines, et, en l'absence de loi publique, tout dépendait de la loi privée, c'est-à-dire du contrat d'inféodation. Mais si une telle convention était possible, elle était

[1] Cons. feud., I, 1, § 3; 8, § 2; II, 11; Chonradi II edict. de benef. (Pertz, t IV, p. 39); Sæchs. Lehnrecht, 2 (Homeyer, Berlin, 1842, p. 142).

repoussée par un usage général[1], et cet usage dura sans doute tant que les fiefs ne furent que des concessions temporaires ou à vie, et consistèrent en une simple jouissance dont le service militaire était la condition et le prix. Mais quand la plupart des fiefs furent devenus héréditaires et patrimoniaux et constituèrent ainsi une propriété véritable, l'on ne tarda pas à distinguer entre la jouissance et le domaine du fief, entre l'exercice et le fond même du droit; l'on considéra le service militaire comme attaché à la jouissance et non au domaine, et l'on admit qu'une personne incapable de faire ce service pourrait être titulaire du fief tout en n'en jouissant pas. Dès lors, le domaine féodal devint accessible à la femme; bientôt la règle générale qui, dans les divers pays de l'Europe, excluait les femmes de la succession au fief, fit place, en France du moins, à une règle contraire[2] : l'on décida que, si le vassal venait à mourir ne laissant après lui qu'une fille, le seigneur ne pourrait point reprendre le fief et dépouiller l'orpheline, mais qu'il pourrait seulement, en laissant à sa vassale le domaine du fief, en retenir pour lui l'administration et la jouissance en représentation du service militaire qu'elle était incapable de lui rendre[3]. Telle est l'origine de la tutelle féodale, et l'on voit que cette institution, qui devait paraître un jour une charge odieuse et intolérable, se présenta d'abord sous la forme d'un bienfait.

[1] Brussel, *Usage des fiefs*, I, 7. — Le savant feudiste va trop loin cependant en affirmant que la survivance des bénéfices ou fiefs ne fut jamais concédée aux filles sous les rois de la deuxième race.

[2] Othon de Freisingen, *de gest. Frider.*, I, II, 29 (Basil., 1569, p. 258) : « Mos in illa (Burgundia) qui pene in omnibus Galliæ provinciis servatur, remansit, quod semper seniori fratri ejusque liberis, *seu maribus seu feminis*, paternæ hereditatis cedat auctoritas, cæterisque ad illum tanquam ad dominum respicientibus. » — Epist. Ludov. VII (Duchesne, t. IV, p. 732) : « Consuetudo est regni nostri, ubi, *si melior sexus defuerit*, mulieribus succedere et hereditatem administrare conceditur. » — Lois du Hainaut, de 1200 (Martène, *Anecd.*, t. I, p. 769). — Ainsi les héritiers mâles ne conservèrent la préférence qu'à égalité de degré : « Ne feme ne prent tant come il y ait homme issint près. » *Livre de jostice et de Plet*, p. 221. — Cpr. Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes*, p. 468 et suiv.

[3] *Livre de jostice*, p. 247, 255 : « L'en doit prendre à feme (c'est-à-dire accepter pour vassale) feme, car elle pot fere par autrui ce qu'elle ne pot fere de soi. » — Gl. z. Sæchs. Lehnrecht, 2 (Homeyer, p. 347).

Cette tutelle était, en effet, pour la femme une charge bien plus lourde que le *mundium* germanique : elle conférait au seigneur, non-seulement la jouissance du fief de la pupille, mais encore la jouissance de tous ses autres biens[1], et même la pleine propriété de tous ses meubles, que l'on considérait comme de simples accessoires du fief[2]. Tantôt le seigneur gardait cette jouissance pour lui-même, tantôt il la cédait à un chevalier qui, pour prix de cette concession, devait « porter le fief » de la femme, c'est-à-dire s'acquitter du service militaire à sa place. C'est cette espèce de remplaçant militaire de la femme que désignent d'ordinaire, dans les vieux diplômes, les titres de tuteur, de *vogt,* d'*advocatus;* c'est lui, en effet, qui représentait la femme à la cour du seigneur et dans les actes judiciaires[3]. Mais ce tuteur n'était point choisi par la femme; étant l'homme du seigneur, il devait être choisi ou du moins agréé par lui; et comme cette tutelle conférait des profits et avait une valeur pécuniaire, le seigneur la mettait en vente et la cédait au plus offrant.

Du droit pour le seigneur de choisir un *advocatus* pour sa vassale naquit le droit, plus vexatoire encore, de lui choisir un mari[4]. La conséquence était inévitable : disposer de la main de la pupille avait toujours été, dans les principes du droit germanique, l'une des prérogatives du tuteur[5]. D'ailleurs il importait au seigneur d'empêcher que sa vassale ne passât dans la famille ou sous l'influence d'un étranger, peut-être d'un ennemi[6]. Il lui importait de l'unir au con-

[1] Boutillier, *Somme rural,* I, 93 : « Car sçachez que fief est de si noble nature et condition, que quiconque a le bail d'aucun par la raison du fief, aussi bien a-t-il la garde de toutes autres terres, car ainsi le veut le droict de fief. »

[2] Gl. z. Sæchs. Lehnrecht, 58.

[3] Sæchs. Lehnrecht, 56; voy. *suprà,* p. 283.

[4] Vaissette, *Hist. du Lang.,* t. II, preuves, n. 419 : « ... Sit ille infans, vel omnes illi infantes, cum castro melgoriensi,... in potestate et in bailia Guillelmi Montispessulani,... tamdiu donec, si masculus vel masculi fuerint, milites fiant... Si vero femina vel feminæ fuerint, sint in eadem potestate et in bailia Guillelmi Montisp., sive tuorum successorum, qui præerunt Montipessulano, *tamdiu, donec tuo tuorumve consilio successorum legitime copulentur viris,* et tunc illæ recuperent suum honorem cum suis rebus sine enganno. »

[5] Voy. *suprà,* p. 249.

[6] Établiss. de saint Louis, I, 63 (*Ordonn. des rois de France,* t. I, p. 155) :

traire à un homme de son choix : car le mari de la vassale devait devenir vassal lui-même; il devait recevoir du seigneur l'investiture, être désormais son homme lige et « porter le fief » de son épouse. Ainsi la main des héritières nobles devint, comme la jouissance de leur patrimoine, une chose vénale qui, mise à l'encan par la rapacité des seigneurs, tombait souvent au pouvoir du plus indigne. La veuve, comme la fille, était l'objet de ce honteux trafic : car il fallait que la veuve continuât de fournir au seigneur son homme d'armes et remplaçât au plus vite le mari défunt par un mari nouveau. Ce n'est qu'à soixante ans, âge ou le vassal était enfin relevé, comme un vétéran, du dur métier des armes, et où cessait « tout service de corps, » que cessait aussi pour la vassale cette odieuse et ridicule persécution[1].

Il semble que la femme d'humble condition, la fille du serf ou du vilain, eût dû échapper par son obscurité même à des vexations de ce genre. Il n'en fut rien cependant : si le main-mortable ne devait pas le service militaire, il devait, pour parler le langage des feudistes, « de grands services de corps et de bras, » dont la femme était incapable. Aussi l'histoire des tenures en vilenage ressemble-t-elle à celle des tenures nobles. La femme fut d'abord exclue de toute succession aux biens de main-morte[2], et quand plus tard on l'admit à succéder, on réserva au seigneur, sur la fille du vilain, le même droit que sur la fille du chevalier, le droit de jouir de sa terre et de disposer de sa main. La *vilaine* pauvre et sans dot ne vit pas sa main mise aux en-

« ..... Dame, je vuel que vous me donnés seureté que vous ne mariez vostre fille sans mon conseil,... car ele est fille de mon hons lige, pour ce ne vuel je pas que ele soit fors-conseillée. » — Cpr. Britton, III, 3 (éd. Nichols, Oxford, 1865, p. 23) : « Les mariages de totes voloms nous aver, de quel âge qe eles soint,... pur ceo que les heirs femelles de nostre terre ne se mariasent à nos ennemys, et dounc il nous covendreit leur homage prendre, si eles se pusent marier a lour voluntez. »

[1] *Assises de Jérusalem*, ch. 244 : « Parce que quand la gent qui service doibvent de leur corps, ont passé soixante ans d'âge, ils sont quittes d'iceluy service. » — La femme ne pouvait se dispenser de se marier qu'en abandonnant son fief. Assises, ch. 242, 246. — Voy. *suprà*, l. III, ch. II, § 2.

[2] Brussel, *Usage des fiefs*, t. I, p. 89.

chères, comme celle de la noble vassale ; la tyrannie féodale s'exerça sur elle d'une autre manière : on lui prit ce qu'on pouvait lui prendre, et à défaut d'autre bien, pour acheter le consentement de son maître, elle dut lui livrer son honneur. L'on a contesté l'existence de ce fameux *droit du seigneur* et l'on voudrait ne point y croire, pour l'honneur de la nature humaine, si, dans tous les pays où a régné la féodalité, depuis la Sicile jusqu'à l'Écosse, l'on ne trouvait des monuments irrécusables de cette infâme coutume[1].

Mais, par une juste loi, l'abus même de ces institutions devait être la cause de leur perte. En faisant de leurs droits féodaux un instrument d'extorsion et un objet de marchandise, les seigneurs ébranlaient ces droits dans leur base et en précipitaient la ruine. Du jour où les services personnels du colon et du vassal se furent convertis, grâce à l'avidité des barons, en services pécuniaires, la chute de la féodalité devint imminente et inévitable. Le service féodal, dans sa forme primitive, avait son utilité comme sa grandeur. Cette vaste hiérarchie de vassaux, toujours prêts à monter à cheval et à combattre à la voix de leurs seigneurs, était alors la seule force publique et formait dans toutes les parties du royaume une véritable armée permanente. Mais le service militaire et tous les services de vasselage une fois mis à prix et rachetés, l'on ne vit plus dans les prestations pécuniaires qui en prirent la place que des usages ruineux pour les particuliers et dénués de toute utilité pour l'État. Dès lors le vieil édifice féodal fut de toutes parts battu en brèche. Le droit romain, dont l'étude alors commençait à fleurir, proclama de nouveau le principe de l'égalité de tous sous la domination d'un seul. Le droit canon, fidèle à ses origines chrétiennes, se porta le défenseur du droit des faibles contre les forts. Le pouvoir royal mieux affermi chercha à renouer la tradition carlovingienne, et se mit à

[1] Voy. pour la France, *Ordonn.*, t. II, p. 118, note, et les documents publiés par MM. Boutbors (*Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, Amiens, 1845, t. I, p. 484), L. Delisle (*Études sur la condition de la classe agricole en Normandie au moyen âge*, Évreux, 1851) et J. Delpit (*Réponse... sur le droit du seigneur*, Paris, 1857).

revendiquer, comme au temps de Charlemagne, la haute tutelle de la veuve et de l'orpheline[1]. L'on va voir comment, grâce à tous ces puissants patrons, la femme fut enfin délivrée d'un maître odieux et rendue à l'indépendance.

Le plus vexatoire de tous les droits féodaux, le droit de *mariage*, est celui qui fut attaqué le premier. L'on ne permit plus au seigneur de se faire payer à grand prix un consentement qu'il n'avait plus aucun intérêt légitime à refuser : les ordonnances ou la coutume fixèrent un tarif qu'il lui fut interdit de dépasser. Ce tarif s'abaissait avec la condition sociale de la femme[2]. Avec la fille du mainmortable, trop pauvre pour donner de l'argent, le seigneur dut se contenter, pour prix de son consentement, d'une bouteille de vin, d'un « plat de viande, » d'une place au dîner de noce pour son sergent ou pour ses chiens[3]. Quelques-uns de ces usages bizarres, derniers débris de l'ancien droit du seigneur, subsistaient encore au XVII^e^ siècle. Mais ce n'étaient là que de rares exceptions : dans presque tous les pays de l'Europe, dès la fin du moyen âge, les droits de *mariage* et de *formariage* avaient cessé d'exister[4].

En même temps que le droit de mariage, l'on voit disparaître par degrés le second droit du tuteur féodal, la jouis-

[1] P. de Fontaines, ch. XXI, n. 45.

[2] Voy. les chartes de Soissons, 5, a. 1181; Vaissy, 5, a. 1185; Sens, 5, a. 1189; Senlis, 5, a. 1200, etc. (*Ordonn.*, t. XI, p. 219, 237, 262, 278; t. XII, p. 292, 295, 419). — Vaissette (t. II, p. 530) dit que le vicomte de Béziers, en 1183, octroya à plusieurs de ses hommes, « sous l'obligation de lui payer *deux sols hugonencs d'usage*, eux et leur postérité, de marier librement leurs filles, sans lui demander conseil. »

[3] L. Delisle, *l. c.*, p. 63 à 70.

[4] Voy. les chartes de Montdidier, Senlis, Saint-Jean-d'Angély, etc. (*Ordonn.*, t. V, p. 671; t. XI, p. 278; t. XII, p. 288). — Lettre de Philippe-Auguste aux bourgeois de Caen, a. 1220 (Du Cange, voc. *Usura*) : « Concessimus Burgensibus nostris de Cadomo... quod nec nos nec heredes nostri trademns uxores vel filias eorum aliquibus in maritagium contra voluntatem eorum, nisi feodum vel membrum loricæ (fief de haubert) teneant. » — Charte de Charroux, 11, a. 1247 (Ch. Giraud, t. II, p. 402) : « Etan codumgne havé li borzés de Charros ob le comte et ob l'abé, que fame de Charros ne doibt etre mariée, sinon avi la velonté et au conseil de ses amys; ne li coms ne li abés ne leur en doibvent faire priera, quar lor priere est force. » — On retrouve encore au XVI^e^ siècle la même défense dans l'Ordonn. de Blois, 1579, art. 281.

sance des biens de la pupille. La Grande Charte d'Angleterre, dont le bénéfice s'appliquait aussi à plusieurs provinces de France, fit cesser en même temps pour la veuve et le droit de mariage et le droit de garde [1]. D'autres ordonnances affranchirent également du droit de garde la fille nubile et non encore mariée [2] : précaution fort sage et que la suppression des anciens droits de mariage rendait nécessaire : il ne fallait pas que le mariage de la pupille, en cessant d'être une occasion de profits pour le seigneur, devînt pour lui une cause de perte; car il eût pu abuser de son pouvoir pour l'empêcher de se marier. Ainsi réduite dans sa durée, la garde seigneuriale fut aussi réduite dans son objet : au lieu de grever, comme autrefois, tout le patrimoine du pupille, elle ne pesa plus que sur le fief même. Dès lors le vassal mineur eut deux tuteurs à la fois, son seigneur pour le fief, son parent légitime pour les autres biens [3], et peu à peu la première tutelle s'effaça devant la seconde : l'usage s'établit, en effet, parmi les seigneurs, de céder pour un certain prix la garde du fief au tuteur légitime de leur vassal, et le droit de garde fut ainsi racheté comme l'avait été le droit de mariage [4].

Mais ce ne sont pas seulement les divers bénéfices attachés à la tutelle féodale des femmes qui devaient tomber un à un; c'est le fondement même de cette tutelle qui fut détruit, le jour où les vassaux se furent rédimés à prix d'argent du service militaire : car, dès que le service du fief se trouva réduit à des prestations en argent, la femme devint capable, tout comme l'homme de s'acquitter de ce service, et n'eut plus besoin pour « porter son fief » de repré-

[1] Lett. pat. d'Henri II, duc de Normandie, de 1155; Magna Carta, 7, 8; *Livre de jostice*, p. 238 : « Feme, s'ele est veve, ne sert pas, se sis mariz a servi. »

[2] Ordonn. de saint Louis, de 1246, art. 9 (*Ord.*, t. I, p. 59). Cpr. Boutillier, I, 93. — La garde et la minorité finissaient même plus tôt pour la femme que pour l'homme, « parce que, dit la très ancienne coutume de Bretagne, toutes malices peuvent être plus tôt en femmes qu'en hommes. » Ch. 80.

[3] En Allemagne, *Lehnsvormund, Allodialvormund*. Kraut, *die Vormundschaft*, t. III, p. 5 et suiv.

[4] Vetus auctor de benefic., I, 71, 72 (Homeyer, Berlin, 1844, p. 100).

sentant ni de tuteur. On alla même jusqu'à considérer le rachat du service féodal comme une clause tacite et sous-entendue dans toute inféodation ou investiture accordée à une femme[1]. Dès lors la tutelle seigneuriale était virtuellement abolie, et si l'on en retrouve encore l'usage en certains lieux, c'est que l'habitude est plus forte que la logique et peut prêter une vie factice à des institutions que les principes ont condamnées. La tutelle féodale s'éteignit donc lentement, et l'époque de sa disparition correspond en général, dans les divers pays de l'Europe, à une grande révolution politique, celle qui fit ployer l'indépendance des grands feudataires sous la suprématie du pouvoir royal[2]. Lorsque tous les fiefs de France ne furent plus que les parcelles d'un même territoire, lorsque tous les feudataires français ne furent plus que les sujets d'un même roi, les guerres privées cessèrent pour faire place aux guerres nationales[3], le service militaire des vassaux fut remplacé par le service régulier des soldats mercenaires, les fiefs ne furent plus qu'un simple patrimoine, et le droit féodal put dès lors traiter les deux sexes sur un pied d'égalité.

L'égalité fut complète et le changement radical : une fois qu'on eut admis la femme à jouir elle-même de son fief, on fut entraîné, par une logique irrésistible, à attribuer à la femme des prérogatives qu'aucune législation ne lui avait accordées jusqu'alors. La jouissance d'un fief comprenait le droit de recevoir l'hommage de ses vassaux, d'être la tutrice des incapables, de rendre la justice, de concéder des chartes, de signer des traités, d'édicter des lois : la « dame de fief » fut tutrice, reçut et prêta les serments de

[1] Mais, bien que dispensées du service de guerre *personnel*, les femmes furent encore tenues parfois d'envoyer un nombre de chevaliers proportionné à l'importance du fief. Brussel, liv. III, ch. VII, n. 4.

[2] Voilà pourquoi la tutelle féodale s'est conservée plus longtemps en Allemagne qu'en France.

[3] Lettres de Louis X à la noblesse du Languedoc, art. 23, a. 1315 (*Ordonn.*, t. XII, p. 414) : « Si nos vel dominus habuerimus guerram apertam, ordinamus, volumus et præcipimus quod guerræ subjectorum, guerra ipsa durante, cessent omnino. » — Lettres de Philippe IV sur le duel judiciaire au sénéchal de Toulouse, a. 1307 (*Ordonn.*, t. XII, p. 367; Vaissette, t. IV, preuves, col. 139).

foi et d'hommage, présida aux jugements civils et criminels. battit monnaie, leva des troupes octroya des chartes à ses communes, imposa des lois à ses sujets, fut en un mot souveraine dans l'étendue de son fief[1]; tous ces droits, elle les exerça sans conseil et sans tuteur; et dans les pays mêmes où le droit commun soumettait la femme à certaines incapacités, par exemple à la prohibition du sénatus-consulte Velléien, le droit féodal, dérogeant au droit commun, affranchit de toute incapacité la femme noble et feudataire. Dans ce revirement législatif, les lois mêmes qui semblaient le plus directement dirigées contre les femmes se tournèrent en leur faveur : l'on admit, dans certaines provinces, que les familles pourraient se continuer par les filles comme par les fils, et l'on attribua à la fille tous les priviléges d'une héritière, le droit d'aînesse[2], le droit d'anoblir son mari[3], le droit de transmettre à ses enfants le nom et les biens de ses ancêtres[4]. Les mœurs se transformèrent comme

[1] Lettre de Louis VII à Ermangarde, vicomtesse de Narbonne, a. 1134 (*ap.* Duchesne, t. IV, p. 732, *epist.* 471) : « Volumus ut regni nostri usum teneas..., sedeas ergo ad cognitionem causarum, diligenter negotia examinans, zelo illius qui te feminam creavit cum potuerit virum, et sua benignitate in manu feminæ dedit regnum Narbonensis provinciæ; et, propter hoc quod femina, nostri authoritate nulli personæ liceat a tua jurisdictione declinare. » — Vaissette, t. II, preuves, dipl. 295, a. 1084 : « De ista hora in antea, ergo Bertrandus... fidelis ero *tibi Hermengardis filia Rangardis*, sicut esse debet homo suo seniori cui manibus se est commendatus.... » Dipl. 440, a. 1138 : « Notum sit omnibus quod ego, *Galburgis filia Stephani...*, tibi Yldefonso, comiti Tolosæ, hominium debeo facere, ego et successores mei..., hoc tamen adjuncto, ut, si maritum accepero, ille faciat... » — Charte concédée par Blanche de Champagne à la commune de Lagny, a. 1209 (Martène, *anecd.*, t. I, p. 815).

[2] Établ. de Blanche de Champagne, a. 1212 (*ap.* Brussel, *Usage des fiefs*, III, 13) : « Ego Blancha..., notum facio universis, tam præsentibus quam futuris, me, de communi consilio et assensu baronum meorum et vavassorum, statuisse quod, si aliquis baronum vel vavassorum Campaniæ vel Briæ sine herede decesserit, et plures habuerit filios, *primogenita filiarum habeat castellum*, aliæ vero habeant planam terram, ita quod de illa plana terra unicuique illarum portio sua rationabilis assignetur, etc. » — Établ. de saint Louis, I, 10. Assises de Jérusalem (haute Cour), ch. 175.

[3] Cout. de Troyes, 9. — Cpr. Monteil, *Hist. des Français des divers États*, t. III, ch. VII, note 225.

[4] Dans les coutumes de Barèges, Lourdes, Lavedan, etc., l'aînée épousait d'ordinaire un cadet qui entrait comme gendre dans la famille de sa femme, et donnait

les lois sous l'influence d'un esprit nouveau : un sentiment dont nous avons aperçu le germe chez les rudes habitants des forêts de la Germanie, mais qui ne devait s'épanouir que sous les rayons de la civilisation du Midi, le sentiment chevaleresque mit au service de la femme l'épée qui servait naguère à l'opprimer.

L'on voit, en résumant tout ce qui précède, que la féodalité, dans ses diverses phases, a agi sur la condition de la femme dans les sens les plus divers et l'a tour à tour abaissée et relevée sans mesure. Et ces deux effets contraires sont dus à un seul et même principe : l'union du droit de souveraineté et du droit de propriété, des droits publics et des droits civils. Privée des premiers, la femme devait d'abord par cela même être également privée des seconds. Mais plus tard, et sa capacité civile une fois conquise, elle devait, par une conséquence inverse, mais non moins logique, obtenir en même temps l'exercice des droits politiques et toutes les prérogatives de la souveraineté.

Qu'est-il resté (et c'est par là que je termine) de toutes ces institutions féodales? Tout n'a-t-il pas disparu, et les incapacités si rigoureuses dont l'ancienne féodalité avait frappé la femme, et les priviléges non moins excessifs dont la nouvelle l'avait dotée? Non, il est une institution qui, sortie des sources mêmes du droit germanique, a traversé l'ère féodale et s'est continuée jusqu'à nos jours : c'est la puissance maritale. Lorsque la féodalité militaire fit place à la féodalité civile, la tutelle des femmes ne disparut pas tout entière : la fille et la veuve furent émancipées, mais l'épouse demeura en puissance, et son mari resta sous la féodalité civile ce qu'il avait été sous la féodalité militaire, c'est-à-dire un véritable *tuteur féodal*. Il en portait le nom[1], et il en remplissait les charges : c'est à ce titre qu'il représentait sa femme dans les actes judiciaires, avait l'usufruit de ses biens, et « portait son fief. » Tant qu'elle restait

à ses enfants le nom de son beau-père. Eug. Cordier, *le dr. de famille aux Pyrénées* (*Rev. histor. de dr. fr. et étr.*, 1859, t. V, p. 257-396).

[1] On l'appelait *baillistre* en France, *vormund* en Allemagne.

fille, la femme exerçait et portait son fief elle-même : mais venait-elle à se marier, c'était au mari à recevoir l'investiture et à porter le fief à sa place[1]. En un mot, il en était alors de l'incapacité féodale de la femme comme il en est aujourd'hui de son incapacité civile : elle commençait avec le mariage et finissait avec lui.

Nous venons de retrouver dans le droit féodal le principe fondamental du droit moderne sur la capacité de la femme; nous allons retrouver le même principe dans le droit coutumier.

III.

A mesure que le vieil édifice féodal tombait en ruine, une société nouvelle, qui avait grandi obscurément et sous son ombre, apparaissait à son tour sur la scène de l'histoire. Les mêmes circonstances politiques qui entraînèrent la chute de la féodalité militaire, suscitèrent ce vaste mouvement insurrectionnel qui, dans les divers pays de l'Europe, transforma de misérables communautés de serfs et de vilains en de fières et puissantes cités. Chacune de ces communes, en naissant à la vie politique, recevait du seigneur ou du roi une charte d'affranchissement qui lui tenait lieu à la fois de constitution et de code. De tous les documents juridiques que nous fournit l'histoire, il n'en est pas, je crois, de plus intéressant que ces vieilles chartes où se révèlent, bien mieux que dans les coutumes réformées qui leur ont succédé, les origines de nos institutions nationales. Mais ces sources de notre ancien droit découlent elles-mêmes d'une source plus lointaine et plus cachée. Le droit contenu dans ces chartes municipales n'était point, en effet, un droit de création nouvelle : ceux qui les rédigèrent ne firent le plus souvent, ils le déclarent eux-mêmes, que réunir et consi-

[1] Ordonn. de saint Louis, a. 1246 : « Et si relicta nobilis vel alterius feodati se maritet, maritus suus facit homagium domino et solvit rachatum, et rachatus est valor terræ. » — Très-anc. cout. de Bretagne, 232.

gner des coutumes immémoriales, attestées par la voix publique et par le serment des échevins ou des jurés[1]. Quelles étaient ces coutumes? D'où venaient-elles? Si nous voulons le découvrir, c'est jusqu'aux coutumes primitives des tribus germaines qu'il nous faudra remonter.

L'insurrection communale qui éclata au XI^e^ siècle ne fut, du moins dans la France du nord, qu'une explosion du vieil esprit germanique, longtemps comprimé, dans les classes inférieures, sous la pression du pouvoir féodal. Le même esprit qui, au temps de Tacite, unissait en associations guerrières les Germains d'une même famille ou d'une même tribu, créa chez les serfs et les vilains du moyen âge la *commune jurée*. Partout en effet où, faute d'un pouvoir public protecteur, l'individu a dû pourvoir par lui-même à sa sûreté ou à sa vengeance, l'association armée est devenue une nécessité sociale. Tant que les Germains vécurent de la vie patriarcale, groupés par familles et par tribus, l'association armée garda chez eux un caractère domestique. Une fois assis sur le territoire de l'Empire, ce fut par bourgades et par cantons qu'ils s'associèrent : tous les paysans ou les vilains qui se trouvaient réunis au pied d'un château féodal ou dans les débris de quelque cité gauloise, juraient de faire cause commune et de s'armer les uns pour les autres. Étouffées au IX^e^ siècle par les lois vigilantes de Charlemagne[2], écrasées deux siècles plus tard sous la tyrannie féodale, ces *ghildes* ou *conjurations* reprirent les armes au XII^e^ siècle; elles vainquirent, et les communes françaises furent fondées[3].

[1] Commune de Tournay, 33, a. 1187 (*Ordonn.*, t. XI, p. 251) : « Has itaque prænominatas consuetudines, et si quas alias oblivione omittimus quas Tornacenses hactenus habere soleant et debeant, ipsis in perpetuum inviolabiliter et in pace observandas, sicuti hucusque dinoscuntur observasse, concedimus, ad recordationem juratorum. » — Commune d'Athyes, 28, a. 1212 (*Ordonn.*, t. XI, p. 301) : « ... Per legitimam recordationem majoris et juratorum. »

[2] Cap. a. 779, c. 16 (Walter, t. II, p. 60). — Cap. a. 883, tit. III, c. 14 (Walter, t. III, p. 231) : « Volumus ut presbyteri et ministri comitis villanis præcipiant ne collectam faciant quam vulgo *geldam* vocant contra illos qui aliquid rapuerint. » On retrouve là l'antique usage de se faire justice par les armes.

[3] Comm. de Compiègne, a. 1186 (*Ordonn.*, t. XI, p. 241) : « Juraverunt quod...

C'est donc le droit germanique que nous allons retrouver dans les chartes des communes, mais un droit germanique approprié à des mœurs nouvelles. Le temps n'était plus où le Germain indiscipliné vengeait lui-même ses injures et réglait par les armes ses différends. Une police municipale sévère maintenait l'ordre et la paix au sein des communes naissantes. Les guerres privées et le duel judiciaire, dont une noblesse belliqueuse avait conservé l'usage, convenaient mal à des bourgeois paisibles, à des artisans laborieux qui, une fois leur liberté conquise, avaient hâte de déposer les armes. Aussi l'une des premières dispositions, dans un grand nombre de chartes, fut-elle l'interdiction absolue du combat judiciaire[1]; d'autres communes, tout en autorisant l'usage du combat, eurent soin d'en exempter la femme[2]; dans d'autres communes enfin, on eut des champions à gages, toujours prêts à tirer l'épée pour les femmes, pour les vieillards, enfin pour les gens d'humeur pacifique qui, provoqués au combat, préféraient se battre par procureur[3].

Ce n'est pas chez ces bourgeois ami du repos que pouvait se conserver cette rude loi des tribus germaines qui refusait à quiconque ne pouvait manier l'épée toute capacité civile. Or cette loi, l'on s'en souvient, était, chez les Germains, le seul fondement de l'incapacité qui frappait la femme et

alter alteri secundum opinionem suam auxiliabitur, et quod nullatenus patietur quod aliquis alicui aliquid auferat, vel ei talliatam faciat. » — Comm. d'Aire (en Artois), a. 1188 (*Ordonn.*, t. XII, p. 563) : « Omnes ad amicitiam pertinentes villæ, per fidem et sacramentum firmaverunt quod unus subveniet alteri tanquam fratri suo in utili et honesto. » — Le *bourg*, comme l'indique l'étymologie (*Burg*, πύργος), était dans l'origine une place forte.

[1] Comm. de Tournay, 21, a. 1187 : « Nemo civium alium civem ad duellum provocare poterit. » Comm. d'Aire, 2, 4, a. 1188; Charroux, 8, a. 1308; Riom, 8, a. 1325; Fleurence, 47, a. 1396 (*Ordonn.*, t. VIII, p. 97; t. XI, p. 250, 408, 495). — P. de Fontaines, ch. XV, n. 28 : « Bataille n'a mie leu ou justice a mesure. »

[2] Lettres de Louis X à la noblesse du Languedoc, art. 24 (*Ordonn.*, t. XII, p. 414) : « Quod nullus possit guerram facere contra aliquam infra ætatem pupillarem existentem aut *contra aliquam mulierem viduam pupillos habentem.* »

[3] Bréquigny, préface au t. XII des *Ordonnances*, p. xv. — Dans quelques communes, l'usage d'un champion municipal est interdit : « Campio conductitius non recipiatur. » Étampes, 29, a. 1179 (*Ordonn.*, t. XI, p. 212). Ailleurs, il est expressément confirmé. Lettres de Charles V à la comm. de Clermont en Argonne, a. 1372 (*Ordonn.*, t. V, p. 600).

du *mundium* auquel elle était assujettie. Les Germains, j'en ai déjà donné les preuves[1], ne considéraient point la femme comme moralement inférieure à l'homme : s'ils la privaient de l'exercice de ses droits, s'ils la mettaient en tutelle, c'est que, à leurs yeux, les droits ne pouvaient se défendre ni se conquérir qu'à la pointe de l'épée. Son tuteur n'était qu'un champion. Dès qu'elle n'eut plus besoin de champion, elle put se passer de tuteur.

La tutelle des femmes aurait donc dû disparaître, en même temps que les guerres privées et le combat judiciaire, dans tous les pays de l'Europe. Il n'en fut pas ainsi cependant. Il est certains pays où cette tutelle n'a pas seulement survécu au moyen âge, mais où elle existe encore de nos jours. En voyant cette persistance obstinée d'institutions que la raison et l'équité condamnent, on se rappelle ces tristes paroles d'un sceptique : « Les lois se maintiennent en crédit, non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois. C'est le fondement mystique de leur autorité, elles n'en ont pas d'autre, qui bien leur en sert[2]. » C'est bien là, il faut en convenir, l'unique fondement de la tutelle des femmes dans le droit moderne des pays scandinaves et de certains pays allemands. La France, au contraire, qui a toujours aimé les réformes promptes et radicales, fut la première, en Europe, à abolir cette coutume surannée : dans presque toutes les chartes des XII^e^ et XIII^e^ siècles, le *mundium*, pour la fille comme pour la veuve, a totalement disparu[3].

Mais si, dans ces chartes, la femme est affranchie du *mundium* comme fille ou comme veuve, elle y reste soumise comme épouse. Ici, en effet, l'incapacité de la femme avait sa cause, non plus dans des circonstances accidentelles, mais

[1] Voy. *suprà*, p. 208, 224.

[2] Montaigne, liv. III, ch. XII.

[3] La tutelle perpétuelle se retrouve encore dans la charte communale d'Amiens, a. 1190 (*Ordonn.*, t. XI, p. 264), art. 23 : « Si mortuo marito uxor supervixerit, et infantes ejus vivi remanserint, mulier, de omni possessione quam vir ejus in pace tenuerat, quamdiu infantes in custodia erunt, donec ipsa *advocatum* habeat, nisi sit vadimonium, non respondebit. » Mais remarquez que cette même charte maintient aussi l'usage du combat judiciaire : « Si quis ab aliqua vidua... aliquam ejus

dans un besoin impérieux et persistant, celui de la bonne administration du ménage. Les bourgeois du XII^e^ siècle comprirent, comme l'ont compris les législateurs de tous les temps, qu'il fallait un chef dans le ménage, et comme la seule forme connue d'autorité domestique était alors le *mundium*, on le conserva en en réduisant la durée : au lieu d'un *mundium* perpétuel, ce fut un *mundium* qui commençait avec le mariage et finissait avec lui. Ainsi les principes du droit coutumier à sa naissance correspondent exactement à ceux du droit féodal à son déclin. Dans l'une et l'autre législation, la condition de la femme est la même et peut se résumer en deux mots : hors du mariage, émancipation complète ; dans le mariage, maintien intégral des anciennes incapacités.

I. — Si les institutions et les mœurs chevaleresques de la féodalité restèrent l'apanage de la noblesse, l'esprit chevaleresque se communiqua à la bourgeoisie et répandit, jusque dans les coutumes roturières, sa noble et généreuse influence. A une époque où la noble châtelaine présidait les cours de justice et conférait l'investiture à ses chevaliers, pourquoi la bourgeoise eût-elle été privée du droit de plaider ou de vendre? Aussi les chartes communales sont-elles presque unanimes pour restituer à la fille et à la veuve une capacité pleine et entière. Deux classes d'incapacités, celles qui dérivaient du droit germanique, celles qu'établissaient les lois canoniques et romaines, sont supprimées du même coup.

Désormais, plus de tuteur pour la fille majeure ni pour la veuve : l'accès des tribunaux n'est plus interdit à la femme; elle peut plaider sans assistance; le procès dût-il se régler par les armes, elle serait représentée, non par un

possessionem ut vadium requisierit, *ipsa se per bellum defendet* » (art. 24). — Voy. aussi l'ancienne cout. de Bordeaux, XII^e^ siècle (éd. Bordeaux, 1768), qui maintient également, et le combat judiciaire (art. 12), et la tutelle du sexe (art. 66) : « Costuma es in Bordalès que quant aucuna puicella reman sens païre, jasia asso que sia granda, no es pas sufficienta a far sos feyts ny sous negossis per sin (pour elle-même), ans comben estre sots tutela de autre en jusqu'as que aja marit; et asso diden (l'on dit) que no es sufficien atge entro (jusqu'à ce) que lo marit sia mort. »

tuteur légitime, mais par le champion qu'elle aurait choisi[1]. Plus de priviléges pour les héritiers mâles : ces priviléges reparaîtront plus tard, le jour où la bourgeoisie, devenue plus riche et plus puissante, cherchera à se rapprocher de la noblesse en l'imitant; mais chez les humbles bourgeois du moyen âge, tous les enfants, sans distinction d'âge ni de sexe, succèdent par égales parts[2].

Avec les incapacités du droit germanique ont disparu, à plus forte raison, celles de la loi romaine. Pas de sénatus-consulte Velléien dans nos anciens coutumiers : toute femme qui n'est point en puissance de mari peut librement se porter caution, et quelques-unes des plus anciennes chartes, comme par allusion au droit romain, ont soin de lui reconnaître expressément cette faculté[3]. Pas d'édit de *postulando :* la femme peut comparaître en justice pour autrui; elle peut être choisie comme arbitre et rendre, à ce titre, des décisions obligatoires[4]; enfin son témoignage est reçu au civil comme au criminel, et la doctrine contraire, un moment introduite par l'influence du droit canon, est bientôt repoussée par les ordonnances[5].

II. — Ainsi l'incapacité de la femme ne commence plus qu'avec le mariage. Au jour du mariage, la femme, libre jusqu'alors, tombe sous la puissance, ou, pour employer le langage du temps, sous la tutelle et la *main-bournie* du mari. Rien de semblable à cette puissance maritale ne se rencontre dans le droit romain, et les savants des deux der-

[1] Beaumanoir, III, 16; LXIII.

[2] Établ. de saint Louis, I, 132; anc. cout. de Normandie, 31; très-anc. cout. de Bretagne, 106.

[3] Cout. de Roye (en Vermandois), a. 1183 (*Ordonn.*, t. XI, p. 229), art. 17 : « Si uxor alicujus burgensis, *sine concessione mariti sui* fidejubere præsumpserit, fidejussio illa stare non debet. » — Cout. de Saint-Quentin, 20, a. 1195 (*Ordonn.*, t. XI, p. 272), Beaumanoir, XLIII, 14, 22, 26-28 : « Veves femes... se poent bien obligier en dete ou en plegerie ou en quelque plet qu'il lor plera... Feme qui est en mariage ne pot plegier ne dete fere. »

[4] *Livre de Jostice*, p. 273 : « Feme... sanz seignor, puet bien deffandre son pleige et soi-mesme. — Feme qui n'a seignor puet plévir et puet avoir juridiction et procuration et avocacion. » — Beaumanoir, V, 16; XXIX, 19; XLI, 26.

[5] Lettre de Charles VI, a. 1394 (*Ordonn.*, t. XII. p. 414); Beaumanoir, XXXIX, 54.

niers siècles, qui, selon la mode d'alors, ont voulu, bon gré, mal gré, lui trouver une origine romaine, ont dû remonter jusqu'à la *manus* et à l'antique mariage *per coemptionem*[1], institutions dont apparemment nos bourgeois du moyen âge ne se préoccupaient guère. La *main-bournie* du mari, son nom même [en fait foi[2], descend en droite ligne du *mundium* germanique. C'est ce que nous ne devrons jamais perdre de vue, si nous voulons en saisir le vrai caractère.

Le trait le plus caractéristique du *mundium* marital, celui par lequel il se sépare le plus nettement de la puissance maritale des lois modernes, c'est qu'il est établi, non pas dans l'intérêt de la femme, mais dans l'intérêt exclusif du mari. Si la femme a méconnu l'autorité du mari, si elle a agi sans son aveu, lui seul peut faire tomber cet acte : l'engagement est obligatoire pour la femme, et une fois le mari mort, il devient inattaquable : « Car si tost comme son baron est mort, dit notre excellent Beaumanoir, la femme revient en sa pleine volonté[3]. » Rien de plus logique que cette décision : si l'acte de la femme non autorisée est vicieux, ce vice ne peut consister en un défaut d'intelligence ou de volonté chez la femme, puisque la veuve ou la fille majeure, qui apparemment n'a pas plus d'intelligence que la femme mariée, agit sans autorisation et agit valablement; le vice de l'acte est donc tout entier dans l'atteinte qu'il porte à la puissance maritale, et c'est en conséquence au mari seul qu'il appartient de s'en plaindre. Cette incapacité de la femme mariée n'a donc rien de commun avec celle du pupille : ce n'est pas même, à proprement parler, un état d'incapacité, mais plutôt un état de subordination et de dépendance.

Cette dépendance de la femme mariée est encore presque aussi étroite qu'au temps des lois barbares. Le mari peut

[1] Eusèbe de Laurière, *Cout. de Paris*, t. II, p. 186.

[2] Du Cange, v° *Mundium* : « Maritus est tutor uxoris post desponsationem : ita etiam jure francico, ubi *mari et bail* vulgo appellatur in consuetudinibus municipalibus. »

[3] Beaumanoir, XLIII, 27; LXX, 7.

encore « battre sa femme, sans mort et sans mehaing » et la « castier resnablement[1]. » Une conséquence remarquable de ce droit de correction, et que nous avons déjà notée dans les lois anglaises, c'est que le mari est civilement responsable des délits de sa femme tout comme un père répond des délits de son enfant en bas âge : car le mari, disent les anciens juristes, aurait dû châtier sa femme et l'empêcher de mal faire[2].

La puissance maritale ne frappe pas seulement la personne de la femme, elle s'étend à son patrimoine : « Comme les maris, disait Loyseau[3], ont puissance sur la personne de leurs femmes, aussi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens. » Ce pouvoir sur les biens, en effet, n'est qu'une extension et une conséquence du pouvoir sur la personne. Le droit pour le mari d'administrer la fortune de sa femme et d'en jouir ne résulte pas, comme chez les Romains et comme chez nous, d'un contrat de mariage qui peut varier au gré des parties, il résulte du mariage lui-même; il n'est pas conventionnel et volontaire, il est nécessaire et légal. Le droit coutumier, de même que le droit germanique dont il est issu, ne connaît pas plusieurs régimes nuptiaux, il n'en connaît qu'un seul : « Le mari et la femme, disent les coutumiers allemands, ne peuvent avoir aucun bien séparé pendant leur vie. » « Tout ce qui appartient à la femme, disent les coutumiers anglais, appartient au mari[4]. » « Si tost comme mariage est fes, dit enfin Beaumanoir, li bien de l'un et de l'autre sont communs par le vertu du mariage, et li hons en est mainburnissières[5]. »

[1] Cout. de Bergerac, 82, a. 1337 (*Ordonn.*, t. XII) : « Si quis percusserit uxorem suam..., quia ex causa correctionis..., non incurrit in actionem injuriarum..., nisi mors aut membri mutilatio vel fractio subsequatur, vel nisi facta sit injuria... cum armis emolutis. »

[2] « Quia retinere et castigare uxorem debet. » D'Argentré, sur l'anc. cout. de Bretagne, art. 423, gl. 2, n. 5. — « Teneatur (vir) sine consilio viri sui (uxorem) facientem castigare, sicut puerum infra ætatem... Si præsumitur quod vir sit fidelis, et quod sæpius eam castigabat, in quantum poterit, non respondebit pro ea. » J. Skene, *Annotat. in Regiam majestatem*, l. II, c. 29.

[3] *Du Déguerpissement*, l. II, ch. IV, n. 7.

[4] Voy. *suprà*. p. 251, 285.

[5] Beaumanoir, XXI, 2.

Et ce qui prouve que cette unité d'administration et de jouissance dans le ménage est bien considérée comme une conséquence forcée de la vie conjugale, c'est qu'il ne saurait y avoir, d'après l'ancienne loi coutumière, de séparation de biens entre les deux époux sans qu'il y ait en même temps séparation de corps[1].

Ces principes, communs, on le voit, à tous les peuples d'origine germanique, ont reçu chez ces divers peuples des applications diverses. La distance est grande, par exemple, entre la loi anglaise qui est restée exclusivement germanique et féodale, et la loi française qui s'est ouverte en même temps à toutes les influences. Un rapprochement attentif de ces deux législations est nécessaire, je crois, pour fournir une notion complète du *mundium* marital : ce n'est qu'en plaçant en regard Bracton et Beaumanoir, le *common law* anglais et les coutumes de France, que nous pourrons comprendre en même temps et toute la rudesse primitive de la puissance maritale, et tous les adoucissements qu'elle a subis en France sous des influences étrangères.

En Angleterre, la femme perd en se mariant sa personnalité[2] : en France, elle la conserve. Elle agit et consent à côté du mari qui autorise, ou bien, si le mari agit sans elle, il n'est plus que son mandataire et il doit justifier d'une procuration[3]. Elle peut même s'obliger seule et sans l'autorisation maritale, dans tous les cas où cette autorisation serait impossible ou difficile à demander[4]. Elle peut

[1] Boutillier, II, 8 : « Item s'il advenait que le mary se tournast a estre dissipeur de ses biens, sçachez que la femme selon aucuns a cause de demander *divorce quant au lict*, ou cause de demander distribution de biens et que portion lui en soit faicte. »

[2] Voy. *suprà*, p. 251, note 1.

[3] Coutumier de Charles VI (éd. Charondas, 1597, p. 220) : « De consuetudine maritus est procurator legitimus et necessarius uxoris suæ. »

[4] Beaumanoir, XLIII, 28 : « Si comme se ses barons est fous ou hors du sens, si que il est aperte coze qu'il ne se melle de riens, et que la feme fait et mainburnist toutes les cozes qui a eus apartienent; ou se le feme est marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne se set meller, ou se li barons est en estranges teres fuitis ou banis ou enprisonés, sans esperance de revenir; car autrement seroient moult de bone gent honni qui baillent le lor à teles manières de femes, et

implorer du prince, protecteur de tous les incapables, l'autorisation que son mari lui refuse[1]. Elle peut enfin, toujours à la différence de ce qui a lieu dans la loi anglaise, contracter avec son mari et plaider contre lui[2].

La femme, dans la loi française, n'a pas seulement une personnalité, elle a aussi un patrimoine : le mari, bien que saisi, par l'effet du mariage, de tous les biens de sa femme, n'acquiert pas pour cela la pleine propriété de tous ces biens, et à cet égard il faut distinguer d'abord entre les immeubles et les meubles.

Quant aux immeubles, le mari n'en est saisi que comme usufruitier. Soumis à l'obligation de les restituer lors de la dissolution du mariage[3], il ne peut, durant le mariage, ni les engager, ni les *forfaire*[4]. La même interdiction, il est vrai, lui est imposée par la loi anglaise; mais les deux législations n'en sont pas moins séparées, ici encore par une différence capitale. En France, si le mari ne peut à lui seul vendre les propres de sa femme, il le peut dès que sa femme y consent[5]. En Angleterre, la femme n'a pas de personnalité, pas de volonté; il n'y a dans le ménage qu'une seule personnalité, une seule volonté juridique, celle du mari; du moment que l'immeuble de la femme ne peut être aliéné par le mari, il ne peut l'être par personne.

Quant aux meubles, le mari en est, non plus l'administrateur, mais le maître : il peut les vendre, les donner, les

eles meismes en perdroient lor marceandises. » — *Livre de Jostice*, p. 131 : « Et se ele fet ledissement à aucun, respondra-ele? oïl de toz les ledissemens qu'ele fet en cors. » — Établ. de saint Louis, I, 447.

[1] Boutillier, I, 9.

[2] Beaumanoir, LVII, 13. — Les restrictions apportées plus tard à la faculté de contracter avec le mari (voy. *infrà*, p. 400), dérivent de la loi romaine et ne tiennent nullement à l'idée de la puissance maritale.

[3] Soit à la femme, soit, si c'est la femme qui prédécède, aux héritiers de la femme. « Parentibus vero mulieris accedet id quod ipsa secum attulit. » Ordonn. de 1219 (*Ordonn.*, t. I, p. 38).

[4] Il n'aliène ou n'engage que ce qui lui appartient, l'usufruit durant le mariage. *Livre de Jostice*, p. 170 : « Home garantira sa vie ce que il vendra de l'héritage sa feme, sans l'octroi sa femme, et se il muert, ou se la feme muert, la vente ne vaut riens. »

[5] Beaumanoir, XXI, 2; Boutillier, II, 23.

grever de legs[1]; car une fois entre ses mains, ils se sont confondus avec les siens en une seule masse. Le seul droit de la femme, c'est, à la dissolution du mariage, de prendre dans cette masse commune une part qui a varié, suivant les temps et les lieux, entre le tiers et la moitié[2]. Jusqu'ici nous ne trouvons rien dans nos coutumes que de conforme aux lois anglaises; mais sous cette apparente conformité se cache ici encore une différence profonde. Le droit de la femme sur les meubles, en Angleterre, est un gain de survie, un droit de succession, qui ne prend naissance que par le prédécès du mari et le veuvage de la femme[3]. En France, au contraire, la femme a, de son vivant même et durant le mariage, un véritable droit de copropriété sur la masse mobilière : ce qui le prouve, c'est que, à son prédécès, ses héritiers succèdent à ce droit, et partagent les meubles avec le mari survivant. « Après la mort de l'un ou de l'autre, dit Beaumanoir, partissent aussi bien li hoir devers le feme comme par devers l'omme[4]. » C'est donc à tort que quelques juristes d'une époque postérieure, trop imbus sans doute des doctrines romaines ou féodales[5], n'ont voulu voir dans le droit de la femme qu'un simple droit de survie. Reconnaissons plutôt dans cette confusion et cette commu-

[1] Beaumanoir, XXX, 99 : « Tuit li mueble sunt a l'omme, le mariage durant. » — « Sed mobilium, dit d'Argentré (art. 423, anc. cout. de Bretagne, gl. 2, n. 1), alia est conditio, quæ, constante matrimonio, in totum sunt in dispositione solida mariti plenissima. Itaque ea prodigere, perdere, donare potest; quod per contractum, idem per delictum, potest alienando. » — Anc. cout. d'Artois, 35.

[2] « Mari et femme, dit Loisel (tit. *de la commun.*, 8), sont communs en tous biens, meubles et immeubles (conquêts), au lieu que jadis elle n'y avait que le tiers. »

[3] De même en Normandie (anc. cout., 389) : « Les conjoints par mariage ne sont communs en biens, soit meubles ou conquêts immeubles, *ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort de leur mary.* » C'est à la Normandie seulement que s'appliquait l'ordonn. de Pont-de-l'Arche, a. 1219 (*Ordonn.*, t. I, p. 38).

[4] Beaumanoir, XXI, 2; XXX, 99. — Établissements de saint Louis, I, 139.

[5] Ainsi Boutillier, sous l'influence des idées romaines, appelle ce droit un *droit de veuve* (I, 98), comme s'il n'eût été qu'une extension de la novelle *Prætera ea*. — D'Argentré, au contraire, écrit sous l'empire des idées féodales (art. 408, anc. cout. de Bretagne, gl. 3) : « Est itaque hæc societas conjugum usus nec juris, non aliter quam cum domestici, in familia patris, cella et pennis utuntur, prout patrifamilias libuit, pro merito, dignitate et obsequio. »

nication réciproque des biens des deux époux, le développement d'un régime nuptial dont nous avons déjà entrevu le germe dans les lois barbares, du régime de communauté.

Ce que je viens de dire des meubles, je puis le dire aussi des conquêts. Durant le mariage, le mari en est maître; il peut, suivant l'expression d'un vieil auteur, « les boire et les manger[1]. » Jusque-là, la coutume de France concorde avec celle d'Angleterre. Mais, que le mariage vienne à se dissoudre, et l'on voit reparaître la divergence entre les deux législations : en Angleterre, si c'est le mari qui survit, tous les conquêts lui restent[2]; en France, l'époux survivant, quel qu'il soit, doit entrer en partage avec les héritiers de l'époux prédécédé[3]. La femme a donc sa part de copropriété et de communauté dans ce que les capitulaires appelaient déjà la *collaboration* des deux époux[4], et cette part, pour les conquêts comme pour les meubles, a varié du tiers à la moitié[5].

Ainsi notre droit coutumier, dès l'origine, assurait à la femme mariée tous les bénéfices qu'elle trouve aujourd'hui dans notre régime nuptial de droit commun, la conservation de ses propres et la participation aux meubles et aux conquêts. Mais la femme avait plus encore : elle avait ce qui lui manque dans la loi moderne, un droit sur les biens propres du mari, un *douaire*. Grâce au douaire, dont l'origine se cache dans les antiquités du droit germanique, le

[1] Assises de la cour des Bourgeois, ch. CLXII. *Contra, Livre de jostice,* p. 173.

[2] De même en Normandie. Voy. *suprà,* p. 375, note 3.

[3] Cout. de Montdidier, 25, a. 1195 (*Ordonn.,* t. XII, p. 288) : « Si vero nec vir nec mulier hereditates habuerint, si de matrimoniis quæstum facientes substantiam fuerint ampliati, et heredes non habuerint, altero autem mortuo, tota alteri substantia remanebit; quod si uterque obierit, si propinquos in villa habuerint, quantum voluerint de substantia sua pro animabus suis in elemosynam dabunt, et reliquum propinquis eorum remanebit. » — On retrouve la même disposition dans les cout. de Laon, 13, a. 1128; Cerny, 22, a. 1184; Sens, 13, a. 1189, etc. (*Ordonn.,* t. XI, p. 186, 233, 260).

[4] Capit., l. IV, c. 9 (Walter, t. II, p. 470).

[5] Elle était d'un tiers dans les lois barbares (L. Ripuar., 37, al. 39), et est restée fixée au tiers dans les coutumes anglaises et normandes. Voy. *suprà,* p. 375, note 3. — Les autres coutumes françaises l'ont de bonne heure élevée à moitié. Olim, t. I, p. 565; Établissements de saint Louis, I, 136.

plus juste équilibre tient en balance les droits respectifs des deux époux. Si le mari acquiert par le mariage un droit sur les propres de la femme, la femme par contre acquiert au même instant un droit sur les propres du mari; si la femme ne peut aliéner ses propres qu'avec le concours du mari, le mari de son côté ne peut aliéner les siens qu'avec le consentement de sa femme [1]. Ainsi les patrimoines des deux époux sont régis par la même loi et ne forment plus, pour ainsi dire, qu'un patrimoine commun [2], composé de deux éléments divers : 1° les meubles et acquêts, propriété commune des deux époux, laissés à la libre disposition du mari pour l'entretien et les besoins journaliers du ménage; 2° les propres, soit du mari, soit de la femme, qui, soustraits à la libre disposition de chaque époux, forment comme une réserve conservée en commun pour la sûreté du ménage et l'avenir des enfants.

Telle est, dans notre ancien droit coutumier, l'étendue de la puissance maritale, et cette puissance constitue, je le répète, la seule restriction apportée à l'indépendance et à la capacité de la femme. C'est dans ce principe, proclamé à la fois et par le droit coutumier et par le droit féodal, que se résume ce qui nous est resté du droit germanique. Nous allons voir comment ce principe, altéré par les influences romaines et canoniques, s'est perpétué jusqu'à nous.

[1] Boutillier, I, 99 : « S'il advenoit que femme estant avec son mary, par fol conseil, prenoit ou emportoit aucune chose du leur et le destournast ou vendist, sçachez que pour ce ne pourroît pas le mary poursuivre la femme de larcin,... et la raison si est, que *aussi bien en est la femme dame come le mary en est seigneur.* »

[2] Cout. de Charles VI, p. 219 : « Per consetudinem generalem mulier dicitur esse dotata in *dimidia parte* omnium bonorum immobilium quæ maritus habeat tempore contracti matrimonii,... et de mobilibus omnibus et conquestibus quæ tempore mortis inveniuntur, jure suo mulier per consuetudinem *medietatem* habet. » — Le droit de douaire est fixé à la même quote-part que le droit de communauté, la moitié ou le tiers.

CHAPITRE II.

ORIGINES ROMAINES.

I.

A ces mille coutumes féodales et municipales auxquelles le droit germanique avait donné naissance et qui se pressaient sur le territoire français au commencement du XIIIe siècle, il manquait encore une chose pour former une législation régulière, c'était la cohésion et l'unité. Toutes ces coutumes, sans doute, issues d'une même origine, recélaient, sous des formes diverses, quelques idées et quelques principes communs, et ce sont ces principes généraux que j'ai essayé de mettre en lumière. Mais dans les formes et dans les détails, tout était contradiction et incohérence, et suivant l'expression du plus grand jurisconsulte d'alors, l'on n'eût pas pu trouver, en tout le royaume, « deux châtelleries » qui usassent du même droit[1]. Dans ce défaut d'ensemble et d'harmonie, il ne faudrait pas voir seulement l'imperfection passagère d'une législation encore jeune et en progrès. La cause en était plus profonde et plus durable, elle était dans la nature même de l'esprit germanique : c'est ce même esprit d'insurbordination et d'indépendance individuelle qui, au temps de Tacite, avait fait de chaque famille germaine une petite république maîtresse d'elle-même et sans cesse en guerre avec ses rivales, et qui, au XIIe siècle, faisait de chaque parcelle du sol français le siége d'un petit État ayant son armée, sa justice et ses lois. Tous

[1] Beaumanoir, *Prologue* (p. 14, éd. Beugnot).

ces éléments sociaux étaient trop peu homogènes pour pouvoir par eux-mêmes se rapprocher et s'unir. Il fallait l'intervention d'une force étrangère, et cette force de centralisation, c'est au génie romain que les sociétés européennes durent la demander pour la seconde fois. Les lois romaines, au dernier siècle de l'antiquité, avaient uni en un seul corps d'empire les diverses parties de l'Europe civilisée. Aux derniers siècles du moyen âge, ce furent encore les lois romaines qui, en rangeant la multitude confuse des coutumes germaniques sous la discipline de la méthode scientifique et sous l'autorité des principes rationnels, donnèrent à la France et à la moitié de l'Europe un droit commun, et préparèrent ainsi la grande œuvre de codification du XIX^e^ siècle.

Grâce à l'un de ces heureux concours de circonstances que la Providence a toujours ménagés aux grands peuples, l'époque de la formation des communes en France fut précisément celle qui vit refleurir, dans tout le centre et le midi de l'Europe, la culture du droit romain ; en sorte que ces communautés naissantes purent, pour ainsi dire, recevoir dès leur berceau la forte et salutaire éducation de la loi la plus savante et la plus sage. Au moment même où l'insurrection municipale éclatait dans la France du Nord, la science nouvelle des glossateurs franchissait la barrière des Alpes, et dès le commencement du XIII^e^ siècle, les écoles de Montpellier, d'Orléans, de Paris, purent rivaliser avec celles de Bologne et de Padoue [1].

Une fois implantée en France, l'étude du droit romain ne resta pas renfermée dans les écoles ou les couvents : les pouvoirs politiques s'en emparèrent et en firent un puissant moteur de réforme et de progrès. La royauté tout d'abord accueillit avec empressement une législation qui, écrite sous

[1] Le droit romain était enseigné à l'université de Montpellier dès 1170, à l'université de Paris dès 1180; quant à Orléans, un *privilège* de Clément V, daté de 1305 (imprimé dans Pasquier, *Recherches*, IX, 37), dit que son école était depuis longtemps célèbre pour le droit romain et le droit canon, et que Clément V lui-même y avait étudié.

les Césars, mettait le monarque au-dessus des lois[1]; et, grâce aux circonstances, cette législation faite dans l'intérêt du despotisme tourna, du moins dans les commencements, au profit de la liberté; ce n'est que lorsque le serf et son maître se furent reconnus les sujets d'un même roi, qu'ils purent commencer à se sentir unis par des liens d'obligations réciproques, et que le régime du bon plaisir fit place, dans leurs rapports, à celui de la légalité[2]. Les classes inférieures, sur qui pesaient encore les liens du servage, accueillirent donc de leur côté comme un libérateur un droit qui proclamait le principe nouveau de l'égalité civile. L'Église catholique enfin resta toujours attachée à cette loi des Constantin et des Théodose à l'ombre de laquelle elle avait grandi; elle en fit son droit propre, et c'est grâce à cette loi commune que le clergé romain, tout en se dispersant dans toutes les parties de l'Europe et sous les législations les plus diverses, put conserver son unité et sa puissance. Toujours enfants de Rome, quelle que fût leur résidence ou leur patrie, et d'autant plus étroitement unis entre eux qu'ils étaient plus profondément séparés du reste des hommes, les membres du clergé n'avaient tous qu'un seul chef, un seul droit, une seule langue : la même langue, inconnue au vulgaire, était celle du culte et celle des lois. Le clergé catholique se fit donc, lui aussi, le propagateur du droit romain. Les clercs et les moines se livrèrent même avec tant d'ardeur à l'étude de ce droit, qu'elle leur faisait parfois, si l'on en croit les auteurs du temps, négliger jusqu'à l'exercice de leurs devoirs religieux[3], et que les conciles et les papes durent réprimer leur zèle[4].

[1] Fr. 31, D. I, 3. — Beaumanoir, XXXV, 29 : « ce qui li plest a fere (au roi), doit estre tenu por a loi. » — *Livre de jostice*, I, 2, 3; Établ. de saint Louis, I, 78. — Loisel disait encore au XVIe siècle (*Inst. cout.*, I, 1) : « Qui veut le roi, si veut la loi. »

[2] P. de Fontaines, XXI, 7 : « Saces bien ke selonc Diex tu n'as mie pleniere poeste seur to vilain, dont se tu prens du sien fors les droites amendes k'il doit, tu les prens contre Dieu et sur le périll de t'ame. »

[3] Saint Bernard se plaignait que, dans le palais du Pape, on étudiât plutôt les lois de Justinien que celles du Seigneur. — Neander, *Leben des heiligen Bernard*, p. 276.

[4] C'est ainsi qu'il faut expliquer la fameuse décrétale d'Honorius III qui interdit

Telles étaient, dans les diverses classes de la société, les influences coalisées qui luttaient, en faveur du droit romain, contre les priviléges d'une aristocratie puissante par les armes et contre les traditions séculaires des descendants des tribus germaines. Suivons attentivement les péripéties de cette lutte; ce ne sont pas seulement les destinées politiques de la France qui s'y trouvent engagées, elle intéresse aussi au plus haut degré la condition de la femme dans la famille et dans la société : car les principes des lois canoniques et romaines sur la capacité de la femme sont opposés de tout point, comme on va le voir, à ceux des coutumes germaniques.

L'honneur du droit romain et du droit canon est d'avoir protesté contre le grossier préjugé des nations germaines qui faisait de la force matérielle l'une des conditions de la capacité civile, et d'avoir épuré la notion du droit en proclamant son principe idéal et divin. Dès lors le sexe le plus faible se vit affranchi de toutes les incapacités qui dérivaient, de près ou de loin, de son impuissance à porter les armes; la femme sortit de tutelle, elle prit une part égale dans les héritages, elle put, même durant le mariage, conserver la jouissance et l'administration de ses biens. La faiblesse, aux yeux d'un législateur ami de l'équité, devenait une cause, non plus d'oppression, mais de protection, et la loi, attentive à secourir la femme, même contre les dangers de sa propre inexpérience, entoura sa personne et son patrimoine de la même protection vigilante et des mêmes privilèges qu'elle accordait aux mineurs [1].

Mais, cette protection même n'était qu'une forme nouvelle d'incapacité, plus douce que celle du droit germanique, mais peut-être aussi plus humiliante. Car sous une

l'étude du droit romain à l'université de Paris : « ... *Ut plenius sacræ paginæ insistatur,* firmiter interdicimus et districtius inhibemus, ne Parisiis vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire jus civile præsumat... ». C. 28, X, *de privileg.*, V, 33, a. 1220.

[1] Le droit romain (du moins celui des glossateurs) accordait à la femme, outre le bénéfice du Velléien, la restitution pour lésion, erreur, etc. Thomasius, *dissert.* 78; Cyprianus, *disput.* 25.

législation qui attachait la capacité civile, non plus aux qualités physiques de la personne, mais à ses qualités morales, si la femme était incapable, c'est qu'elle était regardée comme moralement inférieure à l'homme. Telle est en effet l'idée répandue dans toutes les législations antiques et que le droit canon n'a pas complètement répudiée. L'antiquité n'avait jamais connu, l'Église a toujours réprouvé ce sentiment enthousiaste propre à la race germanique, et qui, faisant de la femme l'objet d'un culte tour à tour respectueux et passionné, soumettait le guerrier germain aux oracles d'une prophétesse et le chevalier du moyen âge aux ordres de la dame de ses pensées. La loi canonique et la loi romaine, au contraire, renferment l'activité de la femme dans une sphère étroite et obscure : elles lui interdisent de se mêler aux assemblées des hommes [1], elles ne lui ouvrent qu'avec peine l'accès des tribunaux [2], elles l'excluent de toute participation aux *offices virils* et à l'exercice du culte public, lui enjoignent d'avoir la tête voilée, lui défendent de toucher aux objets sacrés et de s'approcher des autels [3]. Ne pouvant extirper la superstition germanique qui attribuait à certaines femmes un pouvoir surnaturel, les canons la dénaturèrent, et la prophétesse d'Odin, la *sortiaria* vénérée des tribus germaines, devint la sorcière du moyen âge, honnie et persécutée [4]. Les papes et les conciles luttèrent avec non moins d'ardeur, quoique avec moins de succès, contre les usages chevaleresques qui attribuaient aux femmes les droits de justice et de suzeraineté féodales. « Il est étrange et inconvenant, même chez des nations barbares (ce sont les canons d'un synode français que je traduis), de voir des femmelettes, abjurant la pudeur de leur

[1] Las siete Partidas, part. V, tit. XI, ley 2.

[2] L. 21, C. J., *de procur.*, II, 12 : « .... Ne feminæ, persequendæ, litis obtentu, in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, et conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur. »

[3] C. 10, X, *de pœnitent. et remiss.*, V, 38; c. 29, dist. XXIII; c. 25, dist. XXIII; c. 13, 19, caus. XXXIII, qu. 5.

[4] Weinhold, *deutsche Frauen, die Hexen*, p. 68. — Grimm, *deutsche Mythologie, weise Frauen*, p. 368.

sexe et bravant les lois divines et humaines, paraître le front haut dans les assemblées publiques, et s'ingérer dans les affaires de l'État où elles font plus de mal que de bien, elles qui devraient passer leur vie dans leurs gynécées et dont l'aiguille et la quenouille devraient être la seule occupation[1]. »

Le droit canon n'est dans ces paroles que l'écho de l'antiquité, et l'on va voir que les romanistes tiennent absolument le même langage. Je laisse parler l'un des plus éclairés et des plus libéraux : « La loi, dit Bodin[2], a défendu à la femme toutes les charges et offices propres aux hommes, comme de juger, postuler et autres choses semblables, non pas seulement par faute de prudence, comme disait Martian qu'entre toutes les déesses il n'y avait que Pallas qui n'eût oncques mère (pour montrer que la sagesse ne procède point des femmes), mais d'autant que les actions viriles sont contraires au sexe, à la pudeur et à la pudicité féminine. »

S'il n'était pas fastidieux de multiplier ces citations et de faire parler, après Bodin, des écrivains vulgaires, je pourrais fournir ici de curieux échantillons du bon sens et du bon goût avec lesquels les légistes de cette époque ont parlé de la femme. Romanistes et canonistes sont d'accord pour lui reprocher tour à tour, et sa prodigalité et son avarice, et sa dissimulation et son impuissance à garder un secret, et sa perfide adresse à tromper les autres et sa stupide facilité à se laisser tromper elle-même[3]. Quelque

[1] « Mirum videtur, quod quædam mulierculæ, contra divinas humanasque leges, attrita fronte impudenter agentes, placita generalia et publicos conventus indesinenter adeunt et negotia regni magis perturbant quam disponunt, cum indecens sit et etiam inter barbaras gentes reprehensibile, mulieres virorum causas discutere, et quæ de lanificiis suis et operibus textilibus et mulieribus inter gynæcea sua residentes debuerant disputare, in conventu publico, ac si in curia residentes, senatoriam sibi usurpare auctoritatem. » Can. 19, Synod. Nammens.; cité par Laboulaye, *Rech. sur la condition des femmes*, p. 443. — C. 4, X, *de arbitr.* (I, 43), Innocent III : « Quamvis autem secundum regulam juris civilis feminæ a publicis officiis sint remotæ, et... ab omni sint judiciali examine separandæ,... quia tamen juxta consuetudinem approbatam, quæ pro lege servatur in partibus Gallicanis, feminæ præcellentes in subditos suos ordinariam jurisdictionem habere noscuntur, mandamus... »

[2] *De la République*, l. VI, c. 5 (p. 735).

[3] Voy. par exemple, la diatribe de Tiraqueau, *de leg. connub.*, gl. I, p. 1 :

puériles et ridicules que puissent être ces déclamations, elles n'en sont pas moins intéressantes à noter comme un témoignage irrécusable de l'esprit de notre ancienne jurisprudence; elles nous montrent que l'influence du droit romain sur la condition de la femme a été mêlée de bien et de mal; et nous allons voir, en effet, que si la femme jouit aujourd'hui de la capacité et de la liberté civiles, ce n'est pas à la loi romaine plutôt qu'à la loi germanique qu'elle est redevable de ce bienfait; c'est à la combinaison de ces deux lois, qui ne pouvaient s'amender et se compléter qu'en s'unissant.

II.

Ce long travail de fusion des lois romaines et des coutumes germaniques, dont notre Code civil est le dernier résultat, a commencé du jour où la science des glossateurs a pénétré dans les universités françaises : ce sont les légistes du XIII^e^ siècle, qui, comme l'a dit plus tard un de leurs disciples[1], « ont rompu la glace et ouvert le chemin. » Mais avant d'étudier la réforme qu'ils accomplirent, pénétrons un instant dans les siècles d'ignorance et de barbarie qui l'avaient précédée, et recherchons quelles avaient été en France, durant cette première période du moyen âge, les destinées de la loi romaine.

L'invasion germaine, en renversant l'Empire, avait laissé debout son droit civil; le droit romain était toujours resté la loi des Gallo-Romains[2] et des clercs[3], et déjà au temps

« ... Multis placet mulieres ferme rationis esse expertes : namque divinus ille Plato dubitare videtur utro in genere ponat mulierem, rationalium animalium an brutorum... Sunt admodum decipi faciles, ut asserunt Aristoteles et Avicenna;... sævæ, ambitiosæ, potestatis avidæ..., nesciunt retinere arcana, etc. »

[1] Antoine Loisel.

[2] L. Burgund., *prol.* : « Inter Romanos... romanis legibus præcipimus judicari. » — Const. Chlotar., 4 (Baluze, t. I, col. 7) : « Inter Romanos, negotia causarum romanis legibus præcipimus terminari. »

[3] L. Ripuar., LVIII, 1 : « Secundum legem romanam, qua Ecclesia vivit. » — L. Langob. Ludovici Pii, 55 : « Ut omnis ordo ecclesiarum lege romana vivat. »

de Charles le Chauve on le considérait comme la loi commune dans tout le midi de la France[1]. Mais qu'entendait-on par le droit romain dans ces temps barbares? La réponse à cette question est moins simple qu'il ne le semble, et les documents qui pourraient la résoudre sont loin d'être précis et concordants. Si l'on en croyait les recueils officiels et les traités théoriques de cette époque, tels que le *Bréviaire* d'Alaric, le *Papien,* les *Exceptiones Petri,* le droit romain se serait conservé jusqu'au XI^e^ siècle dans la France méridionale à peu près tel qu'il était lors de la chute de l'Empire. La condition de la femme, en particulier, telle que ces documents nous la présentent, est encore la même qu'au temps de Théodose : la dot est toujours protégée par le même système de garanties; le sénatus-consulte Velléien a toujours pour interprètes les cinq jurisconsultes autorisés[2]. A première vue, l'on pourrait croire que rien n'est changé et que la justice est encore rendue aux IX^e^ et X^e^ siècles par les viguiers ou les barons d'Aquitaine ou de Provence, comme elle l'était par les préfets et les préteurs aux temps de Théodose et de Constantin. Mais entre le droit officiel des codes et le droit vivant de la pratique, la distance est parfois très grande, surtout dans des siècles d'ignorance et de désordre, comme ceux dont nous parlons. Recherchons un instant quel était alors le droit des praticiens et des tribunaux, compulsons ces volumineux recueils de procès-verbaux et de formules juridiques qu'a rassemblés la science diplomatique des derniers siècles, et nous verrons combien la loi écrite dans le *Bréviaire* ou dans le *Petrus* ressemblait peu à la loi vivante.

[1] Edict. Pistense, 20 (Walter, t. III, p. 144, 146) : « In illis autem regionibus in quibus secundum legem romanam judicantur... »

[2] Breviar. Alaric. : « In omni genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur. — *Interpr.* : In omni genere causarum pro quibuscumque personis mulieres fidem suam interponere prohibentur. — Mulier, quæ tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium scti non pertinet. — *Interpr.* : In hoc tantum mulier fidejussione tenetur, ut si tutores filiis suis petat et pro eis fidejussor existat, filiis teneatur obnoxia. » — Petri exceptiones, IV, 53, 54.

Un mélange confus et incohérent de traditions romaines et de coutumes germaines, telle est la législation que nous présentent les chartes et les diplômes de cette époque. L'élément qui domine dans ce mélange hétérogène, c'est encore le droit romain, mais ce droit romain n'est plus celui des Pandectes, ni même celui du *Petrus :* toutes les institutions romaines qui supposent, ou des rapports sociaux un peu compliqués, ou une certaine finesse d'interprétation chez le juge, ne pouvaient convenir à ces temps barbares, et bien qu'elles figurent encore dans les textes officiels, la pratique n'en tient plus aucun compte. Au nombre de ces institutions est le sénatus-consulte Velléien. Je retrouve encore une mention isolée de notre sénatus-consulte dans un diplôme du VIII^e^ siècle ; mais ce diplôme appartient à l'exarchat de Ravenne qu'éclairait encore à cette époque un reflet de la civilisation du Bas-Empire[1]. Dans toutes les provinces franco-romaines, je n'aperçois plus aucune trace du Velléien, et je ne l'y vois reparaître qu'à l'époque où le commerce et la science recommencent à y fleurir, c'est-à-dire aux XII^e^ et XIII^e^ siècles[2]. Avec le sénatus-consulte Velléien ont disparu également les autres prohibitions dont la loi romaine frappait la femme ; grâce à l'influence des usages féodaux, l'on voit, dans le midi comme dans le nord de la France, les femmes intervenir dans les procès, soit comme arbitres, soit comme juges, parfois même postuler pour autrui[3]. En revanche, les prohibitions des lois germaniques disparaissent de leur côté sous l'influence romaine. Le *mundium,* que le *Forum judicum*, non moins que le *Bréviaire,* a tacitement rejeté, tombe bientôt en désuétude, et, à partir

[1] Acte de donation fait à Ravenne en 767 (Muratori, *Antiq. Ital.,* t. III, p. 889). La donatrice renonce aux divers moyens de révocation : « ... legum benefitia, juris et facti ignorantia, foris, locisque, præscriptione alia, senatoque consulto quod de mulieribus præstitit, benefitio retractandi... »

[2] Je trouve dans Vaissette plusieurs chartes où la femme s'oblige avec son mari sans qu'il soit question de renonciation au sénatus-consulte. *Histoire du Languedoc,* t. II, preuves, n. 233, a. 1067 ; n. 237, etc.

[3] Vaissette, t. II, n. 146, a. 1013 (dans cette charte, c'est la femme qui signe la première et qui porte la parole pour son mari), n. 275, 278, 518 ; t. III, n. 43, etc.

du VIII[e] siècle, on n'en retrouve plus que de rares vestiges dans tout le midi de la France[1].

Ainsi la fusion des traditions romaines et des traditions germaines s'était déjà accomplie dans les mœurs avant de s'accomplir dans la science. On la retrouve dans toutes les institutions civiles de cette époque. Partout l'élément romain domine, mais partout aussi un alliage germanique vient l'altérer. En matière de succession, par exemple, les principes généraux sont toujours ceux de la loi romaine : droit et liberté de tester et, à défaut de testament, partage égal pour les descendants des deux sexes. Mais l'esprit germanique et féodal a su plier ces principes romains à son usage : on n'use de la liberté de tester que pour réduire la part héréditaire des cadets et des filles, et les droits d'aînesse et de masculinité, que consacrait la loi dans la France germanique, se trouvent peu à peu consacrés, dans la France romaine, par la puissance de la coutume[2]. En matière de contrat de mariage, c'est encore la loi romaine qui prévaut : la dot n'est plus l'apport du mari, mais celui de la femme[3]; l'époux est saisi des biens de l'épouse, non plus en vertu du *mundium* marital, mais par l'effet de la constitution dotale[4]. Toutefois ici encore les préjugés et les habitudes germaniques viennent fausser l'application des principes romains;

[1] Dans le volumineux recueil de Vaissette, à côté de plus de cent diplômes où la femme agit seule, je n'ai pu en découvrir que deux où elle se fait assister d'un conseil (t. II, preuves, col. 295, a. 1077; t. III, preuves, n. 78, 2°, a. 1207). Je vois, il est vrai, de nombreuses chartes où les veuves sont assistées par leurs fils (Mabillon, *de re diplom.*, l. VI, n. 134, p. 567); mais ce n'est point comme *auctores*, c'est comme futurs héritiers que les fils interviennent : loin d'être sous la tutelle de ses enfants, la mère est elle-même leur tutrice. Vaissette, t. II, n. 302, 310, 312. — L'usage des *advocati* pour les femmes paraît s'être conservé plus longtemps en Allemagne (Neugart, *Cod. dipl. Alem.*, t. I, n. 549, a. 884; n. 568, 569, a. 886, etc.), et en Italie (Muratori, *Antiq. Ital.*, t. II, p. 135).

[2] Vaissette, t. II, n. 413.

[3] Si le mari fait, lui aussi, son apport, ce n'est qu'une donation *propter nuptias* qui se mesure sur la dot de la femme et lui fait équilibre. Vaissette, t. II, n. 492, a. 1152... « *Dos hæc et donatio pr. nuptias quæ fuerit vel est mihi data, in quantitate et in pactis æquis passibus ambulent.* » T. II, n. 8, a. 1171; n. 78, a. 1207. Ruffi, *Hist. de Marseille*, t. I, p. 484, a. 1005.

[4] L'on retrouve, dans quelques chartes la distinction toute romaine entre les biens dotaux et paraphernaux. Vaissette, t. II, n. 193, a. 1048.

cette séparation idéale, que le droit romain avait établie entre les intérêts et les fortunes des deux époux, était une idée trop abstraite, trop contraire aux réalités matérielles, pour être comprise d'une époque barbare; dans toutes les chartes d'alors, l'on voit les intérêts des deux conjoints, non pas séparés, mais confondus : qu'il s'agisse de donation ou de vente, des biens de la femme ou de ceux du mari, des propres ou des acquêts, la femme n'agit jamais qu'avec le concours du mari, le mari qu'avec le concours de la femme[1]; sans cesse l'idée germanique de la communauté se mêle aux traditions obscurcies de la dotalité romaine.

Ces traditions romaines, à ce qu'il semble, auraient dû s'obscurcir et s'effacer de plus en plus, à mesure qu'elles s'éloignaient de leur origine et que les siècles s'accumulaient sur les ruines de la civilisation impériale. Mais c'est le contraire qui arriva : les pompes et la majesté du grand Empire restèrent toujours, dans les souvenirs confus des descendants des Gallo-Romains, comme le type le plus parfait d'organisation sociale; chaque progrès vers l'ordre et les lumières, chaque victoire remportée sur la barbarie, fut un retour vers ce passé glorieux; et lorsque, au XII^e^ siècle, un nouvel esprit de liberté souffla d'un bout de la France à l'autre, l'affranchissement des communes et des municipalités, qui, dans le Centre et le Nord, n'avait été qu'un réveil de l'esprit germaniqne, ne fut dans le Midi qu'un retour à la loi romaine. L'on a vu dans le chapitre qui précède ce qu'étaient les coutumiers des communes du Nord; comparons-leur maintenant les statuts des cités du Midi.

[1] Vaissette, t. I, n. 88, ann. 862 : « Signum Rotruadæ uxori suæ consentiente; » — t. II, n. 135, ann. 1000 : « Ego Odo vicecomes dono, consentiente uxore mea Chimberga, aliquid de alode meo... » Ce concours de la femme a lieu même dans les testaments. Martène, *Anecd.*, t. I, p. 85; Vaissette, t. II, n. 101, ann. 966 : « Hic est brevis divisionalis quem fecit Matfredus vicecomes et uxor sua Adalaiz, ad diem quo cupiunt pergere Romam, de omnibus rebus illorum, propter remedium animæ eorum... Hæc omnia superius scripta, quamdiu vivimus, pariter teneamus, et possideamus, et si uxor mea me supervixerit, ipsa omnia teneat et possideat... Sign. Matfredi vic. et Adalaiz, uxoris meæ, qui simul hanc nostram divisionem fecimus. »

Bien qu'elles aient secoué en même temps et comme de concert le joug commun de la tyrannie féodale, les villes du Midi et celles du Nord ont puisé à des sources bien différentes le principe de leurs libertés. Ce n'est pas dans les traditions germaniques que les cités nouvelles de la Provence et du Languedoc trouvèrent leur type de constitution municipale : elles l'empruntèrent à l'Italie. Les petites républiques de Lombardie et de Toscane étaient alors dans tout l'éclat de leurs richesses et de leur puissance. Les institutions et les sciences de l'antiquité dont elles avaient su conserver, dans des siècles barbares, le précieux dépôt, ne restèrent pas confinées dans l'enceinte de la péninsule. Grâce aux relations commerciales qui, dès le XII^e^ siècle, avaient mis en communication les rivages italiens et français de la Méditerranée[1], elles se répandirent sur les côtes de la Provence et du Languedoc, et pénétrèrent peu à peu jusque dans l'intérieur du royaume. A la fin du XIII^e^ siècle, le tiers méridional de la France actuelle[2] s'était couvert de petites municipalités constituées à l'image de celles d'Italie. Ces nouveaux municipes avaient, comme ceux de l'antiquité, leurs curies et leurs consuls électifs. Par leurs mœurs et par leur langue, comme par leurs lois, ils se rapprochaient bien plus des cités opulentes et corrompues des bords du Pô, que des pauvres et énergiques communes de la France septentrionale. Si les chansons et les sérénades des troubadours n'ont plus la rudesse des vieux poëmes du Nord, elles n'en ont plus aussi la chasteté sévère[3]; chez les disciples du *gai savoir* comme dans les *cours d'amour* d'Aquitaine et d'Occitanie, la maxime partout répétée, c'est que l'amour

[1] Vaissette donne des détails intéressants sur les relations commerciales de Marseille, de Montpellier et de Narbonne, avec Pise et Gênes (t. III, p. 552), et le texte d'un traité de commerce de 1166 entre Gênes et Narbonne (t. III, preuves, n. 1). Voy. aussi le t. XI du *Recueil des Ordonn., passim*.

[2] Aug. Thierry, *Histoire du tiers état,* ch. I.

[3] Pour ne pas sortir de mon sujet, je citerai seulement ici la Gràgàs qui met hors la loi celui qui se permet d'adresser un chant d'amour à une jeune fille. Gràgàs, *Vigslodi,* 106 (t. II, p. 150). Si plus tard la poésie des trouvères et des minnesingers n'est pas plus morale que celle des troubadours, c'est qu'elle commence à imiter la poésie méridionale. Weinhold, *die deutschen Frauen,* p. 308 et suiv.

véritable ne peut exister qu'en dehors du mariage. Les lois sont d'accord avec les mœurs, et la jurisprudence des tribunaux judiciaires n'est guère moins indulgente pour le vice que celle des cours d'amour. Les Germains punissaient l'adultère du dernier supplice ; dans les statuts de Languedoc et de Provence, les peines contre l'adultère sont si dérisoires qu'elles semblent faites pour l'encourager plutôt que pour le réprimer. Le scandale de la peine surpasse d'ailleurs celui de la faute : l'homme et la femme adultères devront courir nus par la ville, s'ils ne préfèrent se racheter avec quelques sous d'amende[1]. De plus, il n'est permis au juge de les condamner que s'ils se sont laissé surprendre par un sergent escorté de deux témoins : l'on dirait que la loi veut châtier non le crime, mais la maladresse des coupables[2].

Des lois pénales relatives aux rapports entre les deux sexes, si nous passons maintenant aux lois civiles sur le même objet, nous y verrons ressortir avec encore plus d'évidence la ressemblance avec les statuts d'Italie, le contraste avec les coutumes du Nord. Comme en Italie, c'est toujours le droit romain qui fait le fond de la législation civile : en consacrant ses dispositions, nos statuts du Midi ne faisaient, sous une autre forme, que ce qu'avaient fait, à leur manière, nos coutumiers du Nord en consacrant les lois germaines; des deux côtés l'on confirmait les anciens usages, l'on renouait la chaîne des antiques traditions, car le droit romain, je l'ai montré tout à l'heure, n'avait jamais cessé de subsis-

[1] Cout. de Montpellier, 22, ann. 1204 (*Thalamus*, Montpellier, 1840, p. 40): « La femena premieyra ane, et amduy nut corron per la vila e son fustigastz, et en altre non son condempnatz. » — Cout. d'Alais, II, 4, ann. 1216 (Olim, t. III, p. 1484) : « ... Et en al ren non sian condempnat, e'l femna an primieiran. » — L'ordonn. de saint Louis pour Aigues-Mortes, ann. 1246, veut qu'on fasse courir les coupables « tout nuds, mais sans fustigation. » Vaissette, t. III, p. 528; *Ordonn.*, t. V, p. 6; t. XI, p. 496.

[2] « Ita quod capiatur nudus cum nuda, vel vestimentis depositis cum vestita, per aliquem de curia domini Regis, præsentibus cum eo duobus consulibus vel probis homnibus, » etc. Cout. de la Peyrouse (près Tarbes), 33, ann. 1308 (*Ordonn.*, t. XII, p. 379). D'autres coutumes, comme Agen, exemptent les coupables de la punition s'ils peuvent s'évader avant d'être pris. Voy. *Ordonn.*, t. XI, p. 497; Bréquigny, *Introd.* au t. XII.

ter à l'état de droit coutumier dans la France méridionale[1]. Toutefois, en revêtant dans les statuts une forme mieux arrêtée, les institutions romaines acquirent plus de consistance et de fixité et se dégagèrent en partie de l'alliage germanique qui les avait altérées jusqu'alors.

Le régime dotal, en particulier, se sépara plus nettement de la communauté coutumière. Le trait caractéristique de la dotalité romaine, la séparation d'intérêts entre les deux époux, s'accuse déjà avec précision dans les plus anciens statuts de cette époque : si les dons entre époux ne sont pas encore prohibés, diverses restrictions viennent en réprimer l'abus; la coutume de Montpellier, par exemple, les interdit à l'épouse sans enfants et les permet à la mère, comptant sans doute sur l'amour maternel pour contenir les entraînements d'un amour conjugal trop exclusif[2]. Désormais plus de confusion possible entre le patrimoine du mari et celui de la femme : la loi, en assurant à chacun des époux la conservation intégrale de ses biens propres, ne lui accorde que des droits très-limités sur les biens de son conjoint. Ceux de la femme sont réduits, comme sous la loi romaine, à un droit de succession, à un gain de survie[3]. Ceux du mari subissent une déchéance non moins profonde : le mari n'est plus le tuteur et le *mainbour,* saisi à ce titre de tout le patrimoine de sa pupille. Si les statuts du Midi lui attribuent encore une puissance maritale, cette

[1] Voy. l'ordonnance de saint Louis, de 1254, pour Beaucaire et Nîmes (Vaissette, t. III, preuves, n. 308) : « .... Jura scripta, quibus hactenus usi sunt ab antiquo, volumus observari; non quod eorum obliget nos auctoritas, seu adstringat; sed quia mores eorum in hac parte ad præsens non duximus immutandas. » Voy. aussi la cout. de Montauban, 20, ann. 1322 (*Ordonn.*, t. XI, p. 66) : « Que les anciens uz et coutumes observés ci-devant retiennent leur force et vigueur..., soit en ce qui concerne le gain des dots et augment et donation en faveur de mariage, etc. »

[2] Cout. de Montpellier, 54; de Carcassonne, 54 (Ch. Giraud, *Essai sur l'Histoire du droit français,* preuves, t. I, p. 61). — Cout. de Sole (Mauléon), XXIV, 3 : « Donation, obligation ou quittance que lot marit a fest à sa molher ou la molher au marit durant le maridadge, non valor, pausat que y aye sagrament. » — Cout. de Labourt, IX, 3; de Bergerac, 129.

[3] Cout. de Marziac, 29; Bastide de Trie, 26; Solomiac, 26; Val-Roy en Chalosse, 32; Villefranche de Rouergue, 19, etc. (*Ordonn.*, t. XII, p. 341, etc.).

puissance n'a rien de commun avec le *mundium* germanique; car, au lieu de s'étendre à tous les biens de la femme, elle se renferme dans les limites tracées par le pacte nuptial et ne frappe que la dot[1]. Privé de tout droit sur les biens paraphernaux, le mari n'a conservé sur les biens dotaux eux-mêmes qu'un simple droit d'administration et de jouissance. C'est à la femme seule qu'est la propriété de la dot[2], et cette dot est inaliénable : les coutumes qui n'établissent pas une inaliénabilité absolue, exigent du moins un serment solennel de la femme ou l'intervention de ses parents[3]. Plusieurs statuts ont même soin de protéger la dot par une hypothèque et un privilége[4]. En un mot, dans ces petits codes à peine ébauchés, nous retrouvons déjà tous les éléments du système savant et compliqué de la dotalité romaine.

Enfin une institution qui complète le régime dotal et qui l'a toujours accompagné, le sénatus-consulte Velléien se répand, avec l'invasion des idées romaines, dans toute la France méridionale. L'observation du Velléien, à partir du

[1] Masuer, *Practique*, IX, 11 : « Et si une femme agissoit pour ses biens dotaux sans l'authorité de son mary ou du juge, le défendeur peut exciper, d'autant qu'elle est tenue *en ce cas* estre en la puissance de son mary. Tout le contraire seroit s'il estoit question des biens paraphernaux et adventifs, pour lesquels la femme peut estre seule en jugement, sans l'authorité de son dict mary. » — Cout. d'Auvergne, XIV, 9; de la Marche, XXI, 305. — L'influence germanique se reconnaît seulement en ce que tous les biens sont censés dotaux lorsqu'il n'y a pas de constitution spéciale, mais si la paraphernalité ne se présume jamais, elle est toujours permise aux époux.

[2] Masuer, XIV, 22 : « Et il faut noter que le mary et non la femme peut vendiquer la chose dotale (L. *Doce Ancillam, C. de rei vind.*). Mais aujourd'hui on observe le contraire, et faut que tous deux y interviennent, le mary pour le regard de l'usufruit, et la femme à cause de la propriété. » — Cout. de Sole, VIII, 1 : « Lo marit, per sa molher, es recebut a comparir en jugement sens procuration, si non es contredit per sa molher. »

[3] Stat. de Salon, ann. 1293 (Ch. Giraud, t. II, p. 254) : « Si vir et uxor communi consensu vendiderint vel pignori obligaverint... res dotales, et uxor sponte non coacta venditionem seu pignus... corporaliter juraverit, statuimus quod tales alienationes ratæ sint et firmæ in perpetuum. » Cpr. Cout. de Montpellier, 14; anc. cout. de Bordeaux, 114, XIIIe s.; cout. de Villeneuve de Berg, 18, ann. 1312 (*Ordonn.*, t. XII). L'anc. cout. de Toulouse (rubr. *de empt. et vend.*, 11, ann. 1282), fait seule exception.

[4] Anc. cout. de Toulouse, rubr. *de poderagio*.

XIII^e siècle, dans la Provence, le Languedoc, l'Auvergne et jusque dans la Bourgogne, est constatée, non-seulement par de nombreuses chartes où l'on voit des femmes renoncer à leur bénéfice[1], mais aussi par les prescriptions formelles de quelques coutumes. Tantôt comme à Montpellier, la nullité de l'intercession était couverte par l'autorisation maritale, et la femme restait libre de s'obliger envers les créanciers de son mari et de renoncer en leur faveur à son hypothèque[2]. Tantôt comme en Auvergne, par une distinction contraire et plus conforme aux traditions romaines, c'est l'interces-sion au profit du mari que la loi frappait avec le plus de rigueur[3]. Le plus souvent enfin, la jurisprudence suivait une voie intermédiaire entre ces deux systèmes opposés, et, enveloppant dans la même prohibition l'intercession en fa-veur du mari et celle en faveur de l'étranger, permettait à la femme, dans les deux cas, de renoncer à son bénéfice[4]. Mais quelles que fussent leurs divergences sur l'application du sénatus-consulte, toutes nos provinces du Midi étaient unanimes pour en adopter le principe : par une exception unique à ma connaissance et qui devait bientôt disparaître,

[1] Plancher, *Hist. de Bourgogne*, Dijon, 1739, t. II, preuves, n. 162, ann. 1302 : « ... Et toutes les choses dessus dictes et une chacune, je contesson de Genove, femme doudit Monseignor Jehan, seinghor de Mireboul, de ma bonne velonté et san cohercion nulle, dou comandement et l'autorité dou dit Monseignor Iehans mon mari, lou veul et ottrois et approvois... et renonçons en ce fait à certaine science et per notre sairement... à toutes graces et priviléges qui sont ottroiiées en favor des femmes, à la loi Julie dous fons de doaire non aliéner et *à la loi dou saige Vo-leyen;* à toute hayde de droit de canon et de lois, et à toutes exceptions, droits, raisons, allégations, deffensions de fait et de droit et autres queles queles soient. » — Pérard, *Recueil de pièces curieuses*, Paris, 1664, p. 527. Ch. de 1280, où la dame de Longvic renonce « espécialement au droit qui dit que femme ne se peut obliger pour autrui; » ch. de 1273, 1274. — Vaissette, t. III, preuves, n. 344, ann. 1263.

[2] Cout. de Montpellier, 38, ann. 1204 (Ch. Giraud, t. I, preuves, p. 58; *Thalamus parvus*, p. 23); d'Aigrefeuille, *Hist. de Montpellier*, Montpellier, 1737, t. I, preuves, p. 669.

[3] Masuer, XXIX, 12 : « La femme qui s'oblige pour son mari ne demeure aucu, nement obligée; mais si c'étoit pour un étranger, et qu'elle eût renoncé au Velleian duquel elle eût été certiorée, elle en seroit tenue pour le regard des biens para-phernaux et adventifs. »

[4] Jean Papon, *Instrument des trois notaires*, liv. IX (t. I, p. 654); Guy Pape *Quæst.*, 227.

le statut de la ville de Toulouse rejetait à la fois et le sénatus-consulte Velléien et le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal[1].

Tout n'était pas romain cependant dans ces anciennes coutumes. Dans les statuts municipaux de France comme dans ceux d'Italie, je vois les priviléges germaniques d'aînesse et de masculinité se mêler aux institutions romaines. Je remarque même que ces priviléges, quoique tout féodaux, s'étaient déjà introduits dans les statuts romains du Midi avant d'avoir encore pénétré dans les coutumiers germaniques du Nord, et cette bizarrerie apparente peut aisément s'expliquer : les villes de Provence et de Languedoc, plus riches et plus commerçantes au XIII^e^ siècle que celles de la France septentrionale, renfermaient à cette époque une aristocratie bourgeoise qui imitait déjà l'aristocratie nobiliaire et cherchait, elle aussi, par la concentration des fortunes patrimoniales, à assurer la conservation et préparer la grandeur des familles enrichies. Le droit canon lui-même se prêta à ces vues, et permit de couvrir par le serment la nullité des renonciations à succession future qu'avait prononcée la loi romaine[2]. Grâce à cet expédient, l'usage de faire renoncer les filles, en les mariant, à tous leurs droits héréditaires, se répandit bientôt dans tous les pays de droit écrit; cet usage fut érigé en loi par un grand nombre de statuts[3]; la jurisprudence proclama ces statuts éminemment favorables, et les romanistes surent les plier aux principes de la loi romaine, en disant que, à l'exemple de la novelle

[1] Anc. cout. de Toulouse, ann. 1285, rubr. *de debitis*, 2-4. — Cette coutume, qui se renfermait dans les murs mêmes de Toulouse (Gregorius Tolosanus, *Synt. jur.*, l. XXIV, c. 3, n. 25), n'était plus même observée dans la ville au XVII^e^ siècle. Catellan, *Arrêts remarq.*, IV, 49.

[2] C'est, dit-on, Boniface VIII qui introduisit le premier cette doctrine. Guy Pape, *Quæst.*, 227, 228; Pasquier, *Recherches*, III, 11.

[3] Cout. d'Arles, ann. 1142; de Montpellier, 90, ann. 1204 (Ch. Giraud, t. II, p. 2; t. I, preuves, p. 66); cout. des nobles de Narbonne, ann. 1232 (Vaissette, t. III, preuves, n. 208); stat. de Marseille, II, 54, ann. 1255 (de Fresquet, *Stat. de Marseille*, Aix, 1865, p. 106); stat. de Salon, ann. 1293 (Ch. Giraud, t. II, p. 248); cout. de Bergerac, 55, ann. 1337 (*Coutumier gén.*, t. IV, 2^e^ part.); stat. de Provence, ann. 1472 (*Comment. sur les stat. de Provence*, t. I, p. 433).

118, « ils avaient leur fondement dans la volonté présumée des défunts et dans l'usage général des testateurs[1]. » Certains statuts, non contents de priver les filles de leur part héréditaire, limitent le montant de leur dot; ils ne permettent de les doter en immeubles qu'avec l'homologation de la curie, ils réglementent par des lois somptuaires les frais et les présents de noce, ils vont jusqu'à interdire aux femmes l'usage de certains bijoux et vêtements précieux[2]. Toutes ces prescriptions, bien qu'étrangères à la loi romaine, n'étaient pas cependant sans affinité avec elle, et c'est ce qui explique pourquoi nous les retrouvons dans tous les pays de l'Europe latine[3] : le régime dotal et l'exclusion des filles dotées semblaient tendre l'un et l'autre au même but, la conservation des biens dans les familles.

Mais si quelques coutumes germaniques étaient venues se mêler, dans la France du Midi, aux institutions romaines, l'influence romaine à son tour devait faire subir aux coutumes germaniques du Nord une altération profonde. J'ai montré jusqu'ici comment la tradition du droit romain s'était continuée et développée dans les provinces de droit écrit; il est temps de passer du Midi au Nord, et de montrer comment les idées romaines ont pénétré par degrés jusqu'au sein de la France coutumière.

III.

Entre le droit romain et le droit germanique, l'on n'aperçoit, à première vue, que divergences et contrastes, et l'on se demande, en les comparant, comment de leur mé-

[1] Julien, *l. c.;* Peregrinus, *de fideic.*, I, 24 : « Statutum excludens feminas propter agnatos favorabile esse, attenta principali ratione quæ fuit conservare bona in familia et agnatione, et est communis scribentium traditio. »

[2] Stat. de Salon (Ch. Giraud, t. II, p. 260); Stat. de Marseille, II, 42 (de Fresquet, p. 86); Établ. des consuls de Montpellier, ann. 1255 et 1365 (*Thalamus parvus*, p. 142-162).

[3] Voy. *suprà*, p. 301, note 2; p. 322, note 3.

lange a pu sortir une législation aussi homogène que celle qui nous régit aujourd'hui. Expression trop fidèle des mœurs de l'Empire, le droit romain, en organisant le mariage, semblait n'avoir eu en vue que le divorce; attentif à prévenir toute confusion irrévocable d'intérêts entre des époux dont l'union ne devait être que passagère, il assurait à la femme mariée la conservation de sa fortune et de son indépendance. Mais, si elle était indépendante dans la maison conjugale, si ses droits étaient presque égaux à ceux de l'homme dans les rapports domestiques et dans le partage des successions, la femme romaine tombait sous le coup des incapacités légales dès qu'elle sortait de la famille et se trouvait en rapport avec la société. La loi l'avait bannie du forum, elle lui avait refusé tous droits civiques, elle avait restreint jusqu'à sa capacité privée en lui interdisant de s'ingérer dans les affaires d'autrui. Tel était, sur la condition de la femme, l'esprit général de la loi romaine. Que trouvous-nous, au contraire, dans la loi germanique et féodale? Au lieu du régime dotal, le régime de communauté; au lieu de la séparation d'intérêts et de l'indépendance respective des deux époux, l'union intime des biens et des personnes et la puissance maritale qui en est la suite; au lieu du principe démocratique du partage égal des successions, le privilége aristocratique des héritiers mâles; enfin au lieu de la défense de s'engager et de plaider pour autrui, au lieu des mœurs antiques qui enchaînaient la femme à son foyer, les mœurs chevaleresques et les prérogatives féodales de la dame suzeraine, jugeant et gouvernant ses vassaux. Entre les deux législations le contraste est complet : les droits que l'une d'elles accorde à la femme sont précisément ceux que l'autre lui dénie.

Et cependant ces deux lois, si hostiles en apparence, avaient entre elles de secrètes affinités. Lorsqu'on les observe de plus près, l'on ne tarde pas à comprendre que le principe romain de l'inaliénabilité dotale devait trouver un accès facile dans une loi aristocratique qui voulait avant tout assurer la conservation des biens dans les familles. Les

deux règles qui, dans le droit romain, complétaient celle de l'inaliénabilité, l'interdiction des avantages entre époux, la défense pour la femme de cautionner son mari, avaient, pour ainsi dire, leur place marquée d'avance dans un régime où la puissance maritale était excessive : sous le *mundium* conjugal, la femme perdait son indépendance et jusqu'à sa personnalité, elle n'avait plus de volonté propre; il était donc fort naturel de la considérer comme incapable de contracter avec son mari. Cela est si vrai que celle des coutumes de France où la tradition germanique s'était le plus fidèlement conservée, l'ancienne coutume de Normandie, était arrivée, par la seule conséquence du principe germanique rigoureusement appliqué, aux trois règles de la dotalité romaine : l'inaliénabilité du fonds dotal, la prohibition des avantages entre époux, enfin la défense faite à la femme de s'obliger pour son mari[1]. Quand le sénatus-consulte Velléien se propagea dans le nord de la France, les Normands purent reconnaître, dans cette institution venue de l'étranger, l'une de leurs vieilles coutumes nationales : pour s'approprier l'édit du sénat romain, ils n'eurent à ajouter à leur coutume qu'un nom nouveau.

C'est ainsi que devaient par degrés se mêler et se fondre les deux éléments qui composent notre droit moderne. Dans le long travail scientifique qui prépare cette fusion, l'on peut distinguer deux phases successives. Jusqu'à la fin du moyen âge, tous les essais de combinaison scientifique du droit coutumier et du droit écrit ne sont que de grossières et maladroites ébauches. La méthode scolastique enchaînait alors toutes les sciences : trois livres, la Bible, Aristote, le corps de droit civil et canonique, résumaient toutes les connaissances de l'humanité, et tout ce qu'on étudiait dans ces livres, c'était le texte et la lettre ; la société sortait à peine de la barbarie, et, comme un enfant, ne faisait encore qu'é-

[1] Je retrouve encore la défense à la femme d'intercéder pour son mari dans deux coutumes du XIIe siècle. Cout. de Roye (en Vermandois), 17, ann. 1183; cout. de Saint-Quentin, 20, écrites avant 1164 et confirmées en 1195 (*Ordonn.*, t. XI, p. 229, 272).

peler péniblement dans le livre de la science avant de pouvoir y lire. Pour plier aux usages et aux besoins de la France féodale les principes de la loi romaine, il eût fallu une méthode plus souple et plus hardie; tout ce dont sont capables les jurisconsultes de cette époque, Fontaines, Boutillier, l'auteur du *Livre de justice et de plaid,* l'auteur du *Coutumier de Charles VI,* c'est de traduire littéralement les textes des Pandectes et du Code, et de les mêler, souvent sans intelligence, aux textes des coutumes; dans leurs livres, le droit coutumier et le droit romain ne sont que juxtaposés, ils ne sont pas encore réunis. Qu'on me permette de laisser parler un instant ces vieux juristes dans leur langue encore barbare : comme aucun système théorique n'a présidé à leur œuvre, ce n'est que par des citations textuelles que je puis en donner quelque idée.

Le sentiment qui domine chez ces légistes, c'est une prédilection décidée et souvent aveugle pour la loi romaine. « Ez pays coutumiers, les coutumes qui sont contraires au droit écrit gâtent et détruisent le droit, et sont appelées haineux droit[1]. » « Droit haineux est le droit qui, par le moyen de la coutume du pays, est contraire au droit écrit[2]. » Le droit coutumier était, en effet, trop étroitement lié aux abus de la féodalité, pour ne pas paraître *haineux* à des hommes qui venaient à peine de sortir du servage. C'est donc au droit romain que ces juristes vont emprunter leur principe général sur la capacité de la femme : « En meins leus de nos droit, dit le *Livre de justice,* est peor la condicion as femes, que as homes[3]; » car « fresle chose est de femme, ne n'est garnie, de sa propre nature, de constance et discretion[4]. » Si cette prétendue faiblesse morale est, pour la femme, la source de certains priviléges, surtout en matière pénale[5], elle est aussi le principe de nombreuses incapacités.

[1] Cout. de Charles VI, p. 102 (éd. Charondas, 1597).
[2] Boutillier, p. 3 (éd. Charondas, 1603).
[3] *Livre de jostice,* p. 55 (éd. Rapetti, 1850).
[4] Boutillier, II, 2, 6, 40.
[5] Boutillier, II, 40 : « *Item,* doit la femme estre emprisonnée ne en fers ne en

Nos juristes s'élèvent tout d'abord contre l'usage féodal qui permettait aux femmes de rendre la justice : « Qu'il soviègne as femes, dit Pierre de Fontaines traduisant à sa manière une loi de Justinien, qu'il soviègne as femes de lor chastée et des œvres que nature lor otria, et desqueles ele comanda qu'eles se tenissent; et jà soit ce qu'eles soient de très bone opinion et de haute, qu'eles soient départies de tote compaignie de jugement[1]. » La femme ne peut non plus, ajoute Boutillier, être *advocate* ou *procuratrice :* « Car à elle est défendu du tout fait d'armes et de procuration, pour la raison de Calphurnie, que, jà soit ce qu'elle fust femme sage plus que nul autre, si ne sceust-elle avoir mesure, et courut au juge sans manière, parce qu'il appoincta contre son opinion[2]. » Tous les juristes de cette époque parlent comme Boutillier, et allèguent comme unique raison de l'incapacité de la femme « la raison de Calphurnie[3]. » Il suffit qu'ils aient trouvé cette raison dans les Pandectes pour qu'elle leur paraisse péremptoire, et aucun d'eux ne songe à se demander s'il est juste et raisonnable de frapper d'incapacité tout le sexe à cause d'une étourderie commise par quelque femme inconnue il y a deux mille ans.

Parmi les prétendus priviléges de la femme, nos légistes ne pouvaient oublier « le droict que on dit Velleian : c'est le droict que l'empereur Velleian fit pour le droict des dames ou demoiselles qui les relieve en leurs cas et en leurs causes et leur faict avoir droict de douaire[4]. » Après cette singulière introduction historique, notre auteur expose, plus exactement qu'on ne s'y serait attendu, les principales dispositions du sénatus-consulte : « Généralement peux et dois sçavoir que femme ne se peut obliger pour autre, si contre elle n'était prouvé qu'elle y eut proffit, ou que ce fut fait par

busche, ne de prison qui son corps puisse affoler ou blesser ou mémoire perdre, car fresles sont de nature. » — Cout. de Charles VI, II, 17; *Livre de jostice,* p. 282.

[1] P. de Fontaines, XIX, 74.

[2] Boutillier, I, 10; II, 2.

[3] *Livre de jostice,* p. 103; cout. de Charles VI, p. 298.

[4] Boutillier, I, 98.

marché ou par subtil engin pour autre decevoir, ou que argent en print pour ce faire; car si ce y estoit, lors ne seroit secourue, ni ne lui vaudroit la loi de Velleian[1]. »

Mais l'application du sénatus-consulte Velléien présentait des difficultés toutes nouvelles sous une législation qui établissait pour régime matrimonial la communauté de biens. Pouvait-on interdire à la femme de s'obliger avec son mari ou de le cautionner lorsque tous leurs intérêts étaient communs? La question n'échappa pas à Boutillier, qui semble incliner à accorder le bénéfice du sénatus-consulte à la femme commune en biens elle-même, lorsqu'elle a renoncé à la communauté : « Encore veulent tenir aucuns usages et aucuns sages coustumiers, dit-il en parlant des dettes contractées conjointement par les époux communs, que la femme y aroit exception contre; c'est-à-dire que tenue n'y seroit, parce qu'elle l'auroit fait par la crainte de son mary, et que courroucer ne l'osoit[2]. » Il est, en effet, quelques anciens coutumiers qui, tout en adoptant le régime de communauté, avaient défendu à la femme de s'obliger pour son mari[3]. D'autres coutumiers, au contraire, celui de Bretagne notamment, permettaient à la femme d'intercéder pour son mari, tout en lui défendant d'intercéder pour un étranger[4]; et telle était, ce semble, à Paris même la plus ancienne jurisprudence[5]. Au reste, ce n'était pas seulement le sénatus-consulte Velléien qui venait altérer les principes de la communauté conjugale. Déjà au xv[e] siècle, si nous en croyons le Grand Coutumier, la prohibition des donations entre époux était passée en jurisprudence, et la doctrine de l'inaliénabilité dotale, bien qu'elle n'ait point prévalu, avait cependant ses défenseurs[6].

[1] Boutillier, II, 29; *Livre de jostice*, p. 273.

[2] Boutillier, I, 97 (p. 551).

[3] Comme les cout. de Normandie, Saint-Quentin, Roye. Voy. *suprà*, p. 397.

[4] Très-anc. cout. de Bretagne, 68, 328 : « Femme ne se peut obliger pour autres, si ce n'est pour son père ou pour sa mère, ou pour son seigneur époux, ou pour ses enfants. »

[5] Cout. de Charles VI, II, 17; cout. not. du Châtelet, 15; J. des Mares, *décis.* 153.

[6] Boutillier, II, 29 (p. 822); cout. de Charles VI, II, 33 : « Nota *que* inter virum

Tel était, à la fin du moyen âge, l'état de la jurisprudence et de la doctrine. Elles étaient encore, on le voit, pleines d'incertitude et d'incohérences. Tous les matériaux qui devaient entrer dans la formation du droit moderne étaient déjà rassemblés, mais ils ne formaient encore qu'un amas confus. Pour les mettre en œuvre et élever l'édifice de la législation française, il fallait le grand mouvement scientifique du XVI^e^ siècle et le génie d'un Dumoulin.

Au XVI^e^ siècle, les mœurs féodales et les institutions chevaleresques avaient disparu sans retour, et laissaient un vaste champ ouvert aux conquêtes de la loi romaine. Personne ne songeait alors à réclamer pour les femmes nobles les droits de justice et de suzeraineté ; rien ne les protégeait plus contre les exigences d'une loi qui prétendait les enchaîner au foyer domestique; rien ne s'opposait plus, par exemple, à ce que l'intercession d'une femme pour un étranger tombât sous le coup de la loi Velléienne. Aussi le sénatus-consulte fut-il adopté sans difficulté par les pays de coutume comme par ceux de droit écrit : « Cette loi, disent les juristes du temps, à paru si bien inventée, qu'elle a été reçue partout et de toutes nations[1]. »

Mais il est un autre terrain sur lequel la loi romaine devait trouver un accès moins facile, c'est la condition de la femme dans l'intérieur de son ménage et dans ses rapports avec son mari. Ici deux institutions, aussi étrangères aux mœurs romaines que profondément enracinées dans nos mœurs nationales, semblaient opposer aux progrès du droit écrit un obstacle invincible. Ces deux institutions, étroitement unies l'une à l'autre, étaient la communauté conjugale et le *mundium* marital.

Les principes de la communauté coutumière étaient en antagonisme, non-seulement avec ceux de la dotalité romaine, mais encore, et c'est sur ce point que je dois insister, avec ceux du sénatus-consulte Velléien. Le sénatus-

et uxorem non valet conventio seu pactio facta... Nota, sec. cons. Parisiensem quod uxori in vita nihil donare possum *vel in morte legare.* »

[1] Jean Papon, *Instruments des trois notaires*, liv. III (t. I, p. 241).

consulte, en défendant à la femme d'intervenir pour un étranger, lui défendait également de s'engager pour son mari, et avec raison : car, au point de vue des intérêts pécuniaires, le mari chez les Romains n'était pour la femme qu'un étranger. Mais, s'il en était ainsi sous le régime dotal, il en était autrement sous le régime de communauté, qui confondait et identifiait les intérêts des deux époux. La femme commune en biens qui s'obligeait pour son mari, ne s'obligeait pas *pour un autre*, elle s'obligeait au fond pour elle-même et dans son propre intérêt, car l'intérêt de son mari, c'était l'intérêt de la communauté, et par conséquent le sien propre; les fonds empruntés par le mari tombaient dans la caisse de la communauté qui appartenait à la femme comme au mari. Le mari, il est vrai, pouvait employer ces deniers, non pas pour le bien de la communauté, mais pour l'amélioration de ses biens propres, auquel cas la femme se trouvait engagée pour une obligation qui, en réalité, lui était étrangère, puisqu'elle n'en retirait aucun profit. Mais il n'importe : au regard des tiers, le mari, représentant de la communauté, n'était jamais censé agir que dans l'intérêt commun du ménage; le créancier avait donc pu légitimement compter sur la promesse de la femme, et le sénatus-consulte Velléien lui-même s'opposait expressément à ce qu'il fût trompé dans sa légitime attente.

En présence de ces difficultés, les jurisconsultes du XVI^e^ siècle étaient loin d'être unanimes : les uns maintenaient l'intercession, d'autres exigeaient, pour l'annuler, que la femme renonçât à sa qualité de commune[1]. Dumoulin seul, par une heureuse distinction, sut concilier le principe romain et le principe germanique. Il accorde à la femme mariée en communauté et caution de son mari le bénéfice du sénatus-consulte, mais seulement sous les deux conditions suivantes : que les deniers empruntés par le mari n'aient tourné ni au profit de la communauté ni

[1] Cpr. Charondas, *Réponses*, VIII, 14, et *suprà*, p. 400.

au profit personnel de l'épouse; que le créancier, au moment où il prêtait les deniers, en ait connu la destination[1].

En s'ouvrant au sénatus-consulte Velléien, la communauté coutumière s'est ouverte en même temps à tous les principes romains qui présidaient aux rapports des deux époux. La prohibition des dons entre mari et femme, déjà adoptée, comme nous l'avons vu, par la jurisprudence du xv^e^ siècle, s'est étendue, un siècle plus tard, aux avantages de toute sorte que les époux peuvent se faire ou qui peuvent résulter, même indirectement pour l'un d'eux des rapports d'une vie commune. Après avoir associé les deux époux, la loi leur défend de faire entre eux aucun contrat[2]. Après avoir réuni et mêlé leurs intérêts, la loi les distingue et les sépare, et, par un système savant et compliqué de reprises et de récompenses, elle parvient à concilier, dans une certaine mesure, deux choses inconciliables, la confusion des deux patrimoines, et la conservation intégrale de chacun. En outre, la communauté cesse d'être une nécessité légale, pour n'être plus qu'une convention facultative, et des pactes nuptiaux empruntés au droit romain viennent fréquemment en altérer la nature : tantôt l'on soumet le mari à la loi de l'inaliénabilité dotale ; tantôt l'on réserve à la femme la libre disposition d'une partie ou même de la totalité de ses biens[3].

Chaque restriction imposée à la communauté était en même temps une atteinte portée à la puissance maritale; car, dans l'ancien droit coutumier, la qualité de maître et de seigneur de la communauté était pour le mari l'élément essentiel de sa puissance. Aussi ces deux institutions ont-elles partagé le même sort : l'autorité maritale, elle aussi, n'a pu se maintenir, sous l'influence du droit écrit, qu'en subissant une altération profonde et que l'on n'a peut-être pas assez remarquée.

[1] *Sommaire du Traité des usures*, n. 162.

[2] « Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt, nisi ex necessitate. » Dumoulin, *ad Cons. Parisiens.*, art. 256, n. 5.

[3] Pasquier, *Instit. de Justinian*, II, 86 (éd. Ch. Giraud, Paris, 1847). — E. de Laurière, *sur la Cout. de Paris*, t. II, p. 222.

Quoique étranger aux idées romaines, le *mundium* marital de nos anciens coutumiers n'était cependant pas sans affinité avec elles. Les romanistes d'alors croyaient trop bien à la fragilité et à l'incapacité naturelle du sexe, pour ne pas accueillir avec empressement une institution qui plaçait la femme sous la protection et l'autorité d'un tuteur et d'un maître. Aussi s'emparèrent-ils du *mundium* pour en faire une sorte de tutelle à la romaine[1]. Dans nos vieux coutumiers du moyen âge, la puissance maritale, on l'a déjà vu, constituait un droit pour le mari plutôt qu'une incapacité pour la femme; la femme conservait en principe, toute sa capacité et ne perdait que son indépendance[2]. Au contraire, nos romanistes du XVe siècle firent de l'épouse une pupille et de l'autorisation maritale une *auctoritas tutoris*, donnée, suivant leur langage, *ad integrandam uxoris personam*[3]. L'assistance du mari devint pour la femme un droit et un bénéfice : agissait-elle seule, elle était censée avoir agi sans volonté suffisante, et pouvait elle-même attaquer le contrat[4]. Mais, en perdant ainsi son caractère primitif, l'autorité maritale perdait par cela même le plus important de ses effets. Du moment où elle n'était plus établie que dans l'intérêt de la femme, pourquoi aurait-elle désormais conféré au mari la jouissance et la maîtrise de tous les biens du ménage? Pourquoi aurait-elle confondu en un seul patrimoine les intérêts des deux époux? La communauté dut donc cesser d'être une suite nécessaire du pouvoir marital : elle ne résulta plus que des conventions nuptiales qui purent, au gré des parties, la restreindre ou l'exclure[5].

Ces doctrines nouvelles ne s'imposèrent pas seulement

[1] C'est ce que firent aussi de leur côté les romanistes allemands. Voy. *suprà*, p. 280 et suiv.

[2] Voy. *suprà*, p. 371 et suiv.

[3] Chasseneuz, *in Cons. Burgund.*, tit. IV, art. 1, v° *Contracts entre les vifs;* Pontanus, *in Cons. Blesens.*, tit. I, art. 3.

[4] Dumoulin, *ad Cons. Parisiens.*, art. 114, n. 6; art. 115. René Chopin, *de Moribus Parisiens.*, l. II, t. I, n. 16.

[5] Voy. *suprà*, p. 403, note 3.

dans les écoles; elles prévalurent dans la jurisprudence; elles présidèrent au grand travail de réformation de notre droit coutumier. Toutes les innovations que je signalais tout à l'heure, communauté facultative, restitution de la femme non autorisée, prohibition de tout avantage et de tout contrat entre époux, je les retrouve inscrites dans la plupart de nos coutumes réformées[1]. Si le sénatus-consulte Velléien n'est mentionné que dans quelques-unes, il n'en est pas moins consacré par la jurisprudence universelle du royaume[2]. Mais tandis que les coutumes du Nord s'ouvrent de plus en plus aux idées romaines, les idées germaniques, en revanche, pénètrent par degrés dans les pays de droit écrit : ici, la puissance maritale partout reconnue, la dotalité presque partout présumée, l'usage universel d'avantager les héritiers mâles, bien d'autres institutions encore montrent que la France latine a subi, à son tour, l'influence de la France germaine. Ainsi les lois locales se rapprochent, les divergences s'effacent, et bientôt, avec les ordonnances du XVII^e^ siècle, la France va marcher à grands pas vers l'unité de législation.

Parmi ces ordonnances, quelques-unes sont spéciales à notre sénatus-consulte, et méritent à ce titre un examen attentif.

IV.

Toutes les provinces de France, au nord comme au midi, avaient accueilli avec un égal empressement le sénatus-consulte Velléien; les lois locales les plus particulières et les plus divergentes s'étaient accordées pour lui donner leur consécration; partout il avait paru « une loi pleine de sagesse, un remède excellent pour subvenir à la faiblesse des

[1] Cout. de Paris, art. 223, 224, 234; Bourbonnais, 226; Nivernais, XXVII, 27; Reims, 291; Poitou, 209; Anjou, 310, etc.

[2] Cout. de Poitou, 381; Bretagne, 197; cpr. Ponthieu, II, 48.

femmes[1]. » Mais cet empire incontesté ne devait pas être de longue durée : le XVI^e^ siècle s'était à peine écoulé, que le sénatus-consulte cessait d'être la loi générale du royaume, pour n'être plus que le statut particulier de quelques provinces. Cette institution eut donc en France les mêmes destinées que dans le reste de l'Europe[2]. On commença par tempérer sa rigueur en permettant à la femme de s'y soustraire par une renonciation; bientôt cette renonciation devint une clause de style; et quand le Velléien eut ainsi dégénéré en une vaine formalité et, pour employer l'expression d'un contemporain, « en une ridicule chicane, » les jurisconsultes en sollicitèrent l'abrogation, et le législateur vint enfin en débarrasser la jurisprudence.

La doctrine de la renonciation au Velléien, bien que professée par la Glose, ne pénétra en France qu'avec lenteur, et l'histoire de ses progrès pourrait former un curieux chapitre de ce que l'on appelle, au delà du Rhin, la *Dogmengeschichte*. Il est remarquable que, tandis que la doctrine de la Glose régnait partout, et dans les écoles et dans la pratique, et, selon l'expression d'un glossateur, « s'était répandue dans tout le monde[3], » les jeunes écoles de France eurent seules l'honneur de protester au nom d'une plus saine doctrine, que les juristes italiens appelèrent l'*opinion ultramontaine*. Placentin, il est vrai, Italien par ses doctrines non moins que par son éducation et sa naissance, professa à Montpellier le système de la Glose[4]; mais le Lorrain Jean de Ravanis[5], son disciple Pierre de Belleperche, qui professa à Orléans et fut plus tard chancelier de France[6], Guil-

[1] Jean Papon, *les Trois notaires*, *Instr. du premier notaire*, l. III, tit. *du Vell.* (t. I, p. 241); Pierre Hévin, *Défense du droit civil*, dans ses *Addit. aux arrêts de Frain* (t. II, p. LXXVI, 3^e^ édit.).

[2] Voy. *suprà*, p. 277, 305, 327.

[3] Albericus de Rosciate, *ad. ult. Fr.*, § 4, *D. ht.* : « Totus mundus hodie servat opinionem hujus glossæ. »

[4] Bulgarus et Placentinus, *ad tit. D. de R. J., comment.*, Colon., 1587. — Placentin mourut à Montpellier en 1192.

[5] Cité par Cinus, *ad L. ult., C. ad Sc. Vell.* — Ravanis mourut, évêque de Verdun, en 1296.

[6] P. de Bellapertica, mort en 1308, cité aussi par Cinus, *l. c.*

laume de Cuneo, Jean Lefèvre, plus communément appelé Jean Faber, dont l'autorité était aussi grande en France que celle de Balde ou de Bartole en Italie, tous ces hommes, aujourd'hui oubliés, mais qui furent, dans des siècles d'ignorance, les vrais fondateurs de notre droit civil, *conditores juris nostri;* tous ces jurisconsultes, dis-je, s'élevèrent avec force contre l'opinion banale qui permettait à la femme d'éluder, par une renonciation, la prohibition de la loi [1]. Néanmoins, les exigences de la pratique l'emportèrent sur l'autorité des docteurs, et la renonciation parut un expédient si utile et parfois si nécessaire, que son usage se propagea presque en même temps et avec la même rapidité que celui du sénatus-consulte lui-même. Dès le XIII[e] siècle, tous les recueils de diplômes en font foi [2], la clause de renonciation au Velléien et à l'authentique *si qua mulier* avait pris place dans le formulaire des tabellions.

Quoi qu'en dise Étienne Pasquier, ce n'est pas « Guillaume Durant, l'auteur du *Specule,* qui nous enseigna le premier cette leçon [3]; » Placentin, à Montpellier, l'avait professée près d'un siècle avant lui. Toutefois la sagacité de l'excellent Pasquier n'était point en défaut lorsqu'il cherchait parmi les canonistes l'inventeur des clauses renonciatives. Les canonistes se servirent de bonne heure du serment pour couvrir toutes les nullités et éluder ainsi toutes les prohibitions légales : grâce au serment, il fut permis de renoncer à des successions futures, d'abandonner sa légitime, d'aliéner le fonds dotal; comment n'eût-on pas recouru à cet expédient commode pour éluder une loi aussi gênante que le sénatus-consulte Velléien? Aussi trouvons-nous dans le recueil des Dé-

[1] P. de Belleperche (Cinus, *ad Cod., Sc. Vell. ad rubr.*) : « Quod si mulier renunciat in ipso contractu, non valet renunciatio, et hoc dictat ratio; alias nulla est provisio Scti. Tantum erat olim ante Sctum fidejubere simpliciter, quantum hodie cum renunciatione; sicut olim igitur inducebantur ad fidejubendum, sic inducerentur ad fidejubendum cum renunciatione, et sic tenerentur efficaciter, et sic nulla esset provisio Scti. » — J. Faber, *Lectura sup. Instit., ad tit.* IV, 7 : « Si mulier possit renunciare, videtur quod frustra sunt ista Scto introducta, quia semper mulier renunciabit. » — Duaren, *ad Dig. ht.* (t. II, p. 156); Conan, l. VI, c. 8, etc.

[2] Voy. *suprà*, p. 393.

[3] *Recherches*, IX, 41.

crétales, un texte qui remonte au XII^e^ siècle et qui valide en termes formels le cautionnement contracté par deux époux sous le sceau du serment[1]. Grâce à l'autorité de cette décrétale, la femme put, avec la simple formalité d'une renonciation jurée, souscrire un engagement efficace, non-seulement pour un étranger, mais même pour son mari. Bientôt le serment lui-même cessa d'être nécessaire, et déjà moins d'un siècle après la décrétale d'Alexandre III, le *Speculum* de Durant n'exigeait plus qu'une renonciation formelle[2].

Telle fut la jurisprudence jusqu'à la fin du XVI^e^ siècle. A cette époque, les seules provinces qui, trouvant dans le sénatus-consulte une garantie de l'inaliénabilité dotale, y étaient restées strictement attachées et appliquaient ses prescriptions à la rigueur, étaient l'Auvergne[3], le Languedoc[4], la Normandie[5]. Partout ailleurs, même dans les pays de droit écrit[6], les clauses de renonciation étaient devenues de style, et avaient rendu illusoire la défense et la protection de la loi; la femme, pour employer le langage de Pasquier, « renonçant lors tumultuairement et à la vanvole, et de pareille facilité comme si elle se fût obligée sans renoncer. » Il est vrai que, pour conserver quelque ombre d'utilité au Velléien, la jurisprudence exigea que les notaires spécifiassent aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient[7]; « mais comment les notaires, dit

[1] Decretal. Alex. III, tit. 28, c. 8 : « ... Insuper, si dicti monachi fidem non servarent, abbas dedit eidem W. J. *et ejus uxorem* sponsores, qui similiter fidem præstitisse dicuntur. Si ita est, tam abbatem quam... W. et uxorem ejus studiose monere curetis, ut, sicut juraverunt, eamdem conventionem faciant adimpleri. »

[2] *Speculum*, lib. II, pars 2, *de renunc. et concl.*, n. 9, 10.

[3] Masuer, XXIX, 12 : « La femme qui s'oblige pour son mari, ne demeure aucunement obligée; mais, si c'était pour un étranger, et qu'elle eût renoncé au Velleian, duquel elle eût été certiorée, elle en serait tenue pour le regard des biens paraphernaux et adventifs. » — Les meilleurs jurisconsultes des pays de coutumes, Coquille (*sur Nivernais*, XXIII, 8), Dumoulin (*Traité des usures*, n. 162), enseignaient aussi la doctrine de Masuer; mais cette doctrine n'avait point passé en jurisprudence.

[4] Larocheflavin, liv. V, tit. II, arr. 1; Catellan, liv. IV, ch. 1 (t. II, p. 5).

[5] Froland, *Mémoire sur le Sc. Velléien*, I, 8.

[6] Guy Pape, *Quæst.*, 227.

[7] Charondas, *Réponses*, II, 43; Filleau, *Recueil des édicts, arrêts*, etc., t. II, p. IV, qu. 53, 54.

Hévin[1], leur eussent-ils expliqué ce qu'ils n'entendaient pas eux-mêmes? » Aussi, ces exigences des tribunaux n'eurent-elles pour résultat que de susciter une multitude de procès et de compromettre à chaque instant la fortune et la réputation des notaires, car le formulaire de renonciation avait été embrassé, nous dit Pasquier, avec une si étroite superstition, qu'il suffisait de la moindre omission ou inexactitude pour entraîner et la condamnation du notaire et l'annulation du contrat[2].

Le désordre et les abus en étaient arrivés à ce point, lorsqu'un publiciste, aujourd'hui oublié, mais dont le renom et l'autorité furent considérables dans un siècle fécond en grands hommes, Jacques Leschassier se rendit l'organe du sentiment public, et écrivit, contre le sénatus-consulte Velléien, ou plutôt contre la pratique vicieuse qui avait corrompu cette institution, une vive diatribe[3], qui se terminait par ces mots : « L'usage de cette renonciation contraire au droit, estant entre nous passé par coustume en style de notaire et ayant abrogé le Velléien, s'est changé en un piége tendu à la simplicité de ceux qui contractent avec les femmes, quand, par malice ou ignorance, les notaires obmettent cette clause. Encore qu'elle soit du tout vaine et sans aucun effet en l'esprit des femmes, si est-ce que les obligations où elle défaut sont déclarées nulles. N'est-ce point imposer loy aux paroles et non aux choses? ou ne vaudroit-il point mieux abroger cette formalité, comme une mauvaise herbe qui doit être arrachée du champ de la justice? »

Si j'en crois l'éditeur anonyme de cet écrit, « le traité de M. Leschassier fut trouvé si bien fait, que le roy abrogea du tout ce mauvais usage, non sans beaucoup d'honneur à nostre autheur, d'avoir si nettement et judicieusement

[1] L. c. *suprà*, p. 405.

[2] Louet, *lettre* V (t. II, p. 845), arrêt du 2 sept. 1595 : « Notaire condamné en vingt écus d'amende pour la faute qu'il avait faite de n'avoir pas donné à entendre le bénéfice du Velléien. » — *Item*, arrêt du 29 juillet 1596, etc.

[3] *Observation de la renonciation au Velléien*, Paris, réimprimé dans les *Œuvres de Leschassier*, Paris, 1649.

monstré l'abus qui s'estoit introduit en cette partie de nostre prattique françoise[1]. » En effet, quelques années seulement après la publication du traité de Leschassier, Henri IV, par un édit d'août 1606, « défendit à tous notaires et tabellions du royaume, sous peine de suspension et d'amende arbitraire, d'insérer dans leurs contrats aucunes renonciations au Velléien et aux autres priviléges du sexe, et ordonna que les contrats souscrits par les femmes eussent même effet, force et vertu, que si toutes ces renonciations y eussent été bien et dûment spécifiées[2]. » C'était, sous une forme détournée, abroger purement et simplement le sénatus-consulte Velléien.

Cet édit fut accueilli par les contemporains avec des sentiments bien divers. Si plusieurs applaudirent à l'abrogation de ce qu'Antoine Mornac appelait *inanis Velleiani formula,* d'autres n'y virent qu'une « invention digne des femmes et d'un siècle plus efféminé que celui des Romains[3]. » « Voilà donc, s'écriait plus tard Hévin[4], voilà donc les femmes exposées sans remède aux persuasions de s'obliger; leur pouvoir dans la disposition de leurs biens surpasse aujourd'hui celui des hommes : car du moins un tiers des biens paternels échappe, dans plusieurs coutumes, par le moyen du douaire, à la profusion des pères; mais les mères ont la liberté d'engager et de perdre tout, pour ne laisser que la misère à leurs enfants. Peut-être que les exemples de tant de familles ruinées attireront quelque remède à ce désordre. »

Mais l'édit de 1606 rencontra des adversaires plus redoutables que les légistes. Ce furent les parlements : ceux de Rouen, de Rennes, de Bordeaux, de Pau, de Toulouse, d'Aix et de Grenoble, refusèrent de l'enregistrer; l'Auvergne même, quoiqu'elle dépendît en partie du parlement de Paris, persista dans son ancienne pratique[5]. L'ordonnance

[1] Préface de l'édition de 1649, p. 4.

[2] Recueil de Néron et Girard, t. II, p. 722.

[3] D'Espesses, *Mémoires de plusieurs choses considérables advenues en France depuis* 1607, etc., Paris, 1634, fol. 49.

[4] *L. c., suprà,* p. 406.

[5] Mais l'édit fut reçu dans les autres pays de droit écrit du parlement de Paris,

de 1606 n'étendit pas non plus son autorité sur la Flandre, l'Alsace et la Franche-Comté, qui ne furent annexées au royaume que plus tard. Son empire se renferma en quelque sorte dans les provinces centrales, tandis que toutes les provinces extrêmes, à l'est, au nord, au nord-ouest et au midi, restèrent attachées à l'ancienne jurisprudence.

Parmi ces provinces, il en est cependant quelques-unes qui finirent par se rallier au droit commun et se soumettre à l'édit d'Henri IV. Deux ordonnances de Louis XIV, en 1683 et en 1704, vinrent confirmer cet édit pour la Bretagne et pour le comté de Bourgogne. Ce n'est pas tout : Louis XIV ne se contenta pas d'étendre l'application de l'édit de 1606 à de nouvelles provinces, il en étendit l'application à des matières nouvelles par ses lettres patentes d'avril 1664. Pour bien comprendre le sens et la portée de cette dernière ordonnance, quelques explications préalables sont nécessaires.

On a pu remarquer jusqu'ici que les provinces qui étaient restées fidèles à l'observation du Velléien, en dépit des ordonnances, étaient celles où régnait la loi de l'inaliénabilité dotale. J'ai déjà fait voir, en effet, quels liens étroits unissaient ces deux institutions l'une à l'autre. Or, parmi les provinces qui s'étaient soumises à l'édit de 1606, il en était quelques-unes qui observaient encore la loi Julia et le principe de l'inaliénabilité de la dot : c'étaient certains pays de droit écrit du parlement de Paris, le Lyonnais, le Mâconnais, le Beaujolais et le Forez. On se demanda dans ces pays si l'édit de Henri IV, en abrogeant le sénatus-consulte Velléien, n'avait pas en même temps abrogé la loi Julia. Les termes très-généraux de l'édit semblaient, jusqu'à un certain point, favoriser cette opinion; elle reposait, toutefois, sur une confusion évidente. Comme le disait fort bien Henrys, « il faut faire différence entre le Velléien et la loi Julia. Le Velléien était un privilége personnel accordé aux fem-

le Lyonnais et le Mâconnais (voy. *infrà*); il fut reçu également dans les pays de droit écrit du parlement de Dijon, savoir Bresse, Bugey, Valromey et Gex. Collet, *sur le Stat. de Bresse*, l. V, sect. 2, rem. 4 (t. II, p. 177).

mes : c'est pourquoi les femmes y pouvaient renoncer. Mais la loi Julia, quoique introduite en faveur des femmes, était un privilége réel et qui regardait plutôt les biens que la femme, et était restreinte aux biens dotaux. C'est pourquoi la femme qui s'obligeait pour autrui pouvait bien renoncer au Velléien, mais elle ne pouvait pas renoncer à la loi Julia[1]. » Les renonciations à cette loi ne pouvaient donc avoir été supprimées par l'édit, puisqu'elles avaient toujours été sans valeur. Néanmoins, comme l'inaliénabilité de la dot mettait des entraves au commerce et qu'elle pouvait d'ailleurs être facilement éludée par l'intercession de la femme, les officiers des siéges de Lyon, Montbrison, Villefranche et Mâcon, présentèrent au parlement un acte de notoriété pour que cette jurisprudence fût changée, et Louis XIV trancha la difficulté par ses lettres patentes de 1664. Cette ordonnance, motivée sur l'intérêt du commerce « qui fleurit dans notre ville de Lyon et procure l'abondance à notre royaume » et « interprétant, en tant que de besoin, » l'édit de 1606, ordonne que « toutes les obligations ci-devant passées et qui se passeront à l'avenir, sans aucune force ni violence, par les femmes mariées dans notre dite ville de Lyon, pays de Lyonnais, etc., soient bonnes et valables, et que par icelles les femmes aient pu par le passé et puissent à l'avenir obliger valablement leurs biens dotaux et paraphernaux, mobiliers et immobiliers, sans avoir égard à la disposition de la susdite loi Julie, que nous avons abrogée et abrogeons à cet égard. »

Au terme de cette série d'ordonnances, devant lesquelles les anciennes institutions romaines perdaient chaque jour du terrain, les seuls tribunaux qui, au XVIII[e] siècle, observaient encore le sénatus-consulte, étaient les suivants : le parlement de Paris pour le comté d'Eu et pour l'Auvergne[2], le parlement de Normandie, le conseil de Colmar, les parle-

[1] Henrys, liv. IV, qu. 141 (t. II, p. 771 et suiv.).

[2] Tous les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. Voy. pour l'application du Velléien, Bretonnier, sur Henrys, *l. l.;* contre, Roussilhe, *de la Dot*, ch. XV, sect. 1, § 2.

ments de Grenoble, Aix, Bordeaux, Toulouse et Pau et le conseil souverain de Perpignan. Au reste l'application du Velléien dans ces divers parlements était loin d'être uniforme : la question de savoir si et comment la femme pouvait renoncer à son bénéfice, si son intercession était nulle de droit ou simplement sujette à rescision, dans quel délai la rescision pouvait être demandée, dans quels cas et pour quelles personnes les femmes étaient exceptionnellement admises à s'obliger; toutes ces questions et bien d'autres encore recevaient presque autant de solutions diverses qu'il y avait de tribunaux divers appelés à les résoudre. Ceux qui appliquaient le sénatus-consulte avec le plus de rigueur étaient les parlements de Rouen et de Toulouse : ils n'admettaient point les renonciations, qui, dans les autres parlements, étaient devenues de style, et considéraient l'intercession comme nulle de plein droit [1].

Toutes ces divergences devaient disparaître devant la loi unique que Napoléon vint donner à la France. Au moment de la rédaction du Code civil, le sénatus-consulte Velléien n'était plus chez nous qu'une loi locale, qu'une dérogation à la loi commune. On ne pouvait pas, comme pour le régime dotal, en laisser l'usage facultatif pour les parties : car il s'agissait ici d'une règle de capacité, qui ne pouvait varier au gré des transactions particulières. Il fallait donc l'abolir; aucune voix ne s'éleva pour le défendre [2]; et le

[1] Voy. sur la jurisprudence des divers parlements relativement au Velléien : — Pour Toulouse, Larocheflavin, l. V, tit. II, arr. 1; d'Olive, l. IV, c. 13, 29; l. III, c. 24; Catellan, l. IV, c. 16, 49; l. V, c. 16; d'Espeisses, p. II, tit. II, sect. 1. — Pour Bordeaux, Automne, *in Pand., Sc. Vell.;* Lapeyrère, lettre D, n. 118; lettre R, n. 49; Salviat, v° *Dot,* v° *Velléien.* — Pour Aix, Du Périer, l. I, c. 3; l. IV, c. 12, c. 22; Boniface, t. IV, l. VI, tit. I, c. 8; tit x, c. 7; Julien, *Comment. sur les statuts,* t. II, p. 577. — Pour Grenoble, Guy Pape, qu. 227; Expilly, *plaid.* 18; *Arr. rem.,* ch. CXXIII, CXLVIII; Basset, t. I, l. IV, tit. IX, ch. 2, ch. 4. — Pour Rouen, Froland, *Mémoire sur le Vell.,* I, 8.

[2] Un seul orateur, dans la discussion du code Napoléon, le tribun Carion-Nisas, exprima quelques regrets sur l'abolition du Velléien : « Hier encore, disait-il dans la séance du tribunat du 19 pluv. an XII (Fenet, t. XIII, p. 784), j'entendais un homme grave, un député de Lyon, regretter le temps où son intéressante cité était régie par ce sénatus-consulte, dont les dispositions sont protectrices des familles. »

17 février 1804, jour où fut promulgué l'article 1123 du code Napoléon [1], le sénatus-consulte Velléien avait disparu de la législation française.

[1] Paris, 2 déc. 1805; Cassat., 27 août 1810. — Ces arrêts sont rapportés par Robert, *Jurisprud. sur la capacité des femmes avant et depuis la loi du 17 niv. an II.* Paris, 1813, p. 36, 518 et suiv.

CHAPITRE III.

LA FEMME SOUS LE CODE.

I.

L'égalité civile des deux sexes est un principe fondamental de notre loi moderne. Cette égalité cesse, il est vrai, dans les rapports conjugaux : en s'engageant dans les liens du mariage, la femme aliène une partie de ses droits et se soumet à une sorte d'incapacité temporaire. Mais cette incapacité, si même elle mérite ce nom, n'est pas inhérente au sexe, elle n'a point sa cause dans la nature physique ou morale de la femme, mais dans la puissance maritale, c'est-à-dire dans un fait extérieur et accidentel. Considérée en elle-même, « de par soi, » comme parlaient nos vieux légistes (et c'est ainsi que nous devons la considérer tout d'abord), la femme, devant la loi civile, est presque en tout point l'égale de l'homme.

Ce principe qui nous semble aujourd'hui un axiome incontestable de raison et de justice, n'est cependant qu'une conquête récente du progrès social, et c'est aux codes sortis de la Révolution française qu'appartient l'honneur de l'avoir proclamé les premiers. De nos jours encore, si nous jetons les yeux sur les diverses législations qui nous entourent, nous rencontrons, dans les lois civiles les plus justes et les plus libérales, de choquantes inégalités entre les deux sexes : dans le Nord, c'est la tutelle perpétuelle des femmes, reste de l'ancienne barbarie germaine[1]; dans le Midi, c'est l'in-

[1] Dans les lois scandinaves (*suprà*, p. 229 et suiv.) et certaines lois allemandes (*suprà*, p. 280).

capacité des femmes de s'obliger pour autrui, débris du vieux paganisme romain[1]. Les lois mêmes qui, répudiant ces institutions surannées, ont entrepris l'émancipation civile de la femme, ont laissé, pour la plupart, leur réforme incomplète : en accordant à la femme l'indépendance et la capacité civiles, elles lui ont refusé ce qui est la condition nécessaire de l'indépendance, la richesse. Dans presque toute l'Europe moderne, la loi des successions a pour but de concentrer les fortunes entre les mains des héritiers mâles. Les codes les plus opposés d'esprit et de tendances présentent sur ce point un merveilleux accord : dans les États du Saint-Siége comme dans la protestante Angleterre, la fille est exclue par le fils, la sœur par le frère ; la disposition du code de Modène qui, naguère encore, réduisait les femmes à une demi-part, se retrouve également dans la loi turque et dans les divers codes scandinaves; en Russie, la fille ne prend qu'un huitième des meubles et qu'un quartorzième des immeubles[2]; ailleurs elle n'a de part que dans les meubles, ailleurs ses droits se bornent à une part d'usufruit[3]; enfin, là même où les lois ne l'ont pas directement exclue, elles ont permis et favorisé son exclusion, en autorisant la constitution de majorats indéfinis et la renonciation des filles dotées à toute succession future[4].

Tels étaient aussi, à la veille de la Révolution, les principes du droit français; partout où les priviléges des héritiers mâles n'étaient pas inscrits dans le statut local, l'usage, suppléant à la loi, avait introduit les substitutions et les renonciations anticipées des filles à leurs droits héréditaires. Toutes les libertés sont sœurs, et la même assemblée législative qui avait proclamé les droits de l'homme et mis à néant les priviléges féodaux, devait aussi briser la servitude domestique qui avait pesé jusqu'alors sur la femme déshé-

[1] En Espagne (*suprà*, p. 317 et suiv.), en Italie jusqu'à ces derniers temps (*suprà*, p. 305).

[2] A. de Saint-Joseph, *Concordance*, t. III, p. 354 (Svod, X, 949).

[3] *Ibid.*, t. III, p. 468; t. IV, p. 533.

[4] *Ibid.*, t. II, p. 72, 75, 80.

ritée. La loi des 8 et 15 avril 1791, supprimant du même coup les droits d'aînesse et de masculinité, assura à tous les enfants des droits égaux dans la famille. La Convention, dans la loi du 17 nivôse an II, et Napoléon, dans son Code, confirmèrent et complétèrent l'œuvre de l'Assemblée constituante. Le Code civil ne se contenta pas d'égaliser les droits héréditaires des deux sexes : pour mieux garantir les droits de la femme, il abolit l'usage des renonciations aux successions futures[1] et prohiba toute substitution qui ferait revivre entre les enfants les distinctions d'âge ou de sexe de l'ancienne loi[2].

Après avoir accordé à la femme sa part du patrimoine domestique, la loi française pouvait-elle lui refuser le droit d'en jouir et d'en disposer librement? Si elle l'avait fait, elle aurait manqué à coup sûr de logique et de prévoyance; car elle aurait, par là même, frappé d'immobilité toute une moitié de la fortune publique. Aussi la loi sur la capacité de contracter est-elle, comme la loi sur les successions, égale pour les deux sexes[3]. Sauf l'exception qui résulte de la puissance maritale, et dont je réserve à plus tard l'examen, on peut dire que la femme, sous l'empire de nos codes, jouit de la même capacité civile que l'homme. Elle peut faire le commerce, elle peut, en dépit de l'ancienne prohibition du droit romain, tenir une maison de banque[4], elle peut comparaître devant les tribunaux, soit comme témoin, soit comme partie, et, au besoin, exposer sa cause elle-même. En vain aujourd'hui encore quelques juristes attardés répètent-ils, après la loi romaine, « qu'il est contraire aux bonnes mœurs de laisser la femme se mêler aux assemblées des hommes et se montrer dans les lieux publics; » mais en quel pays, si ce n'est chez les Turcs, prend-on au sérieux ce vieil adage de l'antiquité païenne? Il n'y a plus

[1] Art. 791, 1389.

[2] Art. 1050. — Cpr. les lois sur les substitutions et majorats des 17 mai 1826, 12 mai 1835, 7-11 mai 1849.

[3] Art. 388, 488.

[4] Être nommée syndic dans une faillite. Renouard, *Traité des faillites*, t. I, p. 438.

aujourd'hui de *virilia officia* dans la sphère des relations civiles, plus d'édit *de postulando* qui défende aux femmes d'agir en justice comme mandataires, plus de sénatus-consulte Velléien qui défende aux femmes de s'engager pour autrui.

De toutes les dispositions de l'ancienne loi qui, sous les noms spécieux de bénéfices et de priviléges, infligeaient à la femme de véritables incapacités, il en est une seule qui a passé dans nos lois modernes : c'est l'exemption, pour la femme non commerçante, de la contrainte par corps. « Fresle chose est de femme, disaient nos anciens auteurs, et pour ce ne veut la loy qu'elle soit tourmentée de prison pour causes civiles[1]. » Fidèles à cette tradition, la loi de l'an VI et le Code civil n'ont autorisé la contrainte par corps contre le vieillard, le mineur et la femme, que dans le cas de stellionat[2]. Sans doute, il faut rendre hommage au sentiment d'humanité qui a inspiré nos législateurs : ils ont voulu protéger la femme. Mais toutes les mesures protectrices de la loi la plus vigilante ne valent pas l'indépendance, tous les priviléges les plus précieux ne valent pas l'égalité. Il est aisé de comprendre que, en voulant préserver la femme des rigueurs de la prison pour dettes, la loi la dépouillait de son crédit personnel, et qu'en affaiblissant l'efficacité de ses engagements, elle portait une véritable atteinte à sa capacité de s'obliger. Soustraite à la contrainte par corps, la femme ne pouvait être comptable de deniers publics ni caution d'un comptable. Elle ne pouvait souscrire une lettre de change : la lettre qu'elle avait signée ne valait à son égard que comme simple promesse[3]. La loi de 1832, en soumettant à la contrainte par corps les comptables et leurs cautions sans distinction de sexe[4], a levé la première de ces incapacités. La seconde subsiste encore,

[1] Boutillier, II, 6, 40; Coutumier de Charles VI, II, 17; Masuer, XXX, 1; Ordonn. de 1667, tit. XXXIV, art. 8.

[2] Loi du 15 germinal an VI, tit. I, art. 5; Code civ., art. 2066.

[3] Code de commerce, art. 113.

[4] Loi du 17 avril 1832, art. 8-12.

mais l'on peut dès aujourd'hui prévoir sa fin prochaine : un récent projet de loi, sans l'abroger, prépare son abrogation en renversant le principe qui lui servait de fondement : une fois la contrainte par corps abolie, comme on le propose, la signature d'une lettre de change n'aura plus rien dans ses effets qui excède les limites normales de la capacité de la femme. Il est donc permis d'espérer que bientôt cette dernière inégalité civile entre les deux sexes sera effacée de nos lois[1].

La femme n'a pas seulement des droits pécuniaires; la loi moderne lui donne encore ce que lui avait refusé la loi romaine, des droits de puissance. Introduite pour la première fois dans la législation ancienne par l'influence du christianisme, la puissance maternelle n'a cessé depuis lors de se développer et de grandir; elle s'est élevée par degrés presque au niveau du pouvoir paternel. Sans doute elle cède le pas à ce pouvoir lorsqu'elle concourt avec lui, ainsi le veut le principe de la suprématie maritale; mais quand la mère est affranchie du pouvoir marital, et c'est dans cet état que nous la considérons en ce moment, quand elle est veuve ou quand elle est devenue mère en dehors du mariage, la loi l'investit alors de la puissance domestique et lui en confie, presque sans restrictions, toutes les prérogatives.

La veuve a, sur ses enfants légitimes, la plénitude des droits de surveillance, d'éducation et de garde; elle peut s'opposer à leur mariage, leur donner un tuteur par son testament, elle a l'usufruit de leurs biens, enfin elle peut exercer contre eux le droit de correction[2]. Sur ce dernier point cependant, la loi moderne établit entre le père et la mère une distinction où se trahit encore l'idée traditionnelle de l'infériorité du sexe. « La mère, dit un des interprètes du Code les plus récents et les plus autorisés[3], est plus faible que le père, plus accessible aux influences étrangères, plus prompte à s'alarmer, à céder à des réso-

[1] * Voyez la loi du 22 juillet 1867 sur la contrainte par corps.
[2] Art. 148, 149, 481, 386, 397.
[3] Demolombe, t. VI, p. 262.

lutions irréfléchies. Il fallait donc la défendre contre elle-même, contre ses entraînements, la protéger aussi, dans le cœur même de son enfant, contre toute apparence de précipitation et d'injustice. » Aussi le législateur a-t-il cru ne pouvoir confier à la mère le droit de correction qu'en soumettant l'exercice de ce droit à deux restrictions importantes : la mère ne pourra agir qu'avec le concours des deux plus proches parents du père, elle ne pourra agir que par voie de réquisition et non par voie d'autorité[1].

Le libre exercice du pouvoir maternel appartient aussi à celle qui devient mère sans être épouse. Lors même que l'homme et la femme auraient ensemble reconnu leur enfant, lors même qu'ils vivraient ensemble et comme gens mariés, ils n'en seraient pas moins, aux yeux de la loi, indépendants l'un de l'autre et par suite égaux l'un à l'autre : en l'absence de toute puissance maritale, la puissance de la mère et celle du père sur l'enfant commun devraient s'exercer en concurrence et sur un pied d'égalité. Telle paraît être, en effet, la doctrine de la jurisprudence actuelle; dans le silence de la loi, elle a cru pouvoir abandonner les conflits d'autorité entre les deux parents illégitimes au règlement discrétionnaire des tribunaux. Les tribunaux appliquent ici la même règle qu'ils suivaient autrefois dans les contestations entre époux divorcés : ils font prévaloir tour à tour les droits du père ou ceux de la mère suivant « le plus grand avantage des enfants[2]. » Ainsi le même principe, celui de l'égalité entre les parents des deux sexes, règle les droits de la veuve et ceux de la mère naturelle; mais, pour la mère naturelle comme pour la veuve, ce principe reçoit une grave dérogation. Une disposition spéciale du Code attribue au père naturel une préférence qui, n'ayant pas sa cause dans l'autorité maritale, ne peut s'expliquer que par ce que M.

[1] Le président du tribunal ne pourrait toutefois refuser à la mère l'ordre d'arrestation, s'il s'agissait, non pas de faire détenir l'enfant, mais de le faire ramener dans la maison paternelle, car si la mère n'a pas la plénitude du droit de correction, elle a du moins la plénitude du droit de garde.

[2] Art. 302. — Bruxelles, 23 déc. 1830, Dev. 31, 2, 57.

Demolombe appelle la « supériorité du sexe[1] » : d'après l'article 158, en cas de mariage de l'enfant naturel, c'est le consentement du père qui devra l'emporter. Bien que cette disposition soit particulière, les tribunaux se sont inspirés avec raison de l'esprit qui l'a dictée, et, dans tous les débats relatifs à la garde ou à l'éducation d'un enfant naturel, ils font volontiers pencher la balance du côté du père, toutes les fois que les intérêts de l'enfant leur paraissent douteux.

Si la femme peut exercer la puissance maternelle, il semble qu'elle devrait pouvoir aussi exercer une autre puissance domestique moins étendue et être choisie comme tutrice; la loi en a décidé autrement : elle n'a permis la tutelle qu'à la mère et à l'ascendante[2], et même, en leur confiant cette charge, elle a cru devoir faire revivre, si je puis ainsi dire, la puissance du mari défunt, pour guider et contrôler leur gestion[3]. C'est qu'en effet nous touchons ici à la limite légale de la capacité du sexe : le droit de tutelle se trouve, en quelque sorte, placé entre la région des droits civils qui appartiennent tous à la femme et celle des droits civiques et politiques qui lui sont tous refusés. C'est la ligne de démarcation entre ces deux domaines qui doit fixer la capacité de la femme et en déterminer l'étendue. Malheureusement cette ligne de démarcation n'est pas aisée à tracer.

Les législations anciennes avaient associé aux droits publics, pour les interdire à la femme, un certain nombre de droits, purement civils de leur nature, qu'elles appelaient *offices virils*[4]. Les droits divers que l'on comprenait sous cette qualification étaient ceux dont l'exercice aurait entraîné la femme sinon dans la vie publique, du moins dans la vie du dehors, et l'aurait fait sortir du gynécée ou de l'*atrium*, où les mœurs antiques la tenaient confinée. Bien

[1] Tit. VI, n. 629.

[2] Art. 442, § 3. — La femme peut aussi être nommée tutrice de son mari interdit. Art. 507.

[3] Art. 391 et suiv.

[4] Voy. *suprà*, p. 152 et suiv.

que les mœurs françaises, sous ce rapport, aient de tout temps ressemblé fort peu à celles des anciens, nos vieux légistes, qui auraient volontiers refait sur le modèle romain la société tout entière, restèrent étroitement attachés à la doctrine des Pandectes et inscrivirent dans nos coutumes l'antique adage : « Femme si doit garder l'hôtel, le feu et les enfants[1]. » Loin d'abolir ou de restreindre les incapacités du droit romain, ils s'appliquèrent à les étendre : non contents d'interdire à la femme, au nom « de l'honneur du sexe et de la continence qu'il doit observer[2], » les offices de caution, de banquier, d'arbitre, de procureur, ils allèrent jusqu'à rejeter son témoignage en justice : en vain, dès le moyen âge, les ordonnances de nos rois condamnèrent-elles cette pratique « pernicieuse et contraire au sens commun[3]; » en 1686, au temps de M^me^ de Sévigné et de M^me^ de Lafayette, comme on l'a finement remarqué[4], un juriste osait encore écrire que le témoignage de trois femmes n'avait pas plus de valeur que celui de deux hommes[5].

Le législateur moderne lui-même a-t-il su complètement s'affranchir de ce préjugé traditionnel? Aujourd'hui, sans doute, la femme peut témoigner en justice, elle peut dicter comme déclarante un acte de l'état civil, elle peut être tutrice officieuse[6]. Mais elle ne peut être témoin instrumentaire dans un acte public, elle ne peut, en général, exercer la tutelle ordinaire ni faire partie d'un conseil de famille[7]; la jurisprudence, par analogie, lui interdit les fonctions de curatrice et de conseil judiciaire[8] et hésite encore à l'admettre à celles d'arbitre et d'expert.

[1] Très-ancienne coutume de Bretagne, art. 313.

[2] Jean Papon, *Instrument des trois notaires*, t. I, tit. 3, *du Velléien*.

[3] Lettre de Charles VI, de 1394 (*Ordonn.*, t. XII, p. 185) : « ... Quod, quam perniciosum existat, nullus sanæ mentis præsumitur ignorare... »

[4] Bonnier, *Traité des Preuves*, t. I, p. 379.

[5] Bruneau, *Observat. crim.*, VIII, 40.

[6] Art. 56, 362.

[7] Art. 37, 442, 3°; loi du 25 ventôse an XI, art. 9

[8] *Contrà* Cubain, *Droit des femmes*, n. 90.

Je reconnais sans peine que l'expert et l'arbitre agissent avec un caractère public; j'avoue même qu'il y a quelque chose de contradictoire à interdire à la femme de concourir comme témoin à l'authenticité d'un acte, et à lui permettre en même temps d'imprimer seule à un procès-verbal d'expertise le sceau de l'authenticité. Mais la contradiction n'est-elle pas dans la loi elle-même, qui défend à la femme d'être témoin dans le même acte où elle figure comme déclarante [1]? et puisque les principes juridiques sont incertains et que la loi positive est muette, n'est-il pas permis à la jurisprudence de porter ses regards plus haut et de chercher une règle dans ce principe de justice et d'utilité sociale qui ne permet pas qu'on interdise à un être humain aucune des occupations honnêtes dont il est capable? Ce principe est, à mes yeux, plus respectable que la tradition d'un formalisme suranné. La mission de la jurisprudence moderne est encore, dans des bornes plus étroites, celle de l'ancien préteur romain : esclave de la loi, dès que la loi a parlé, elle doit, dans le silence du texte légal, suivre et seconder le progrès incessant des idées et des mœurs.

II.

Le contraste entre l'incapacité de la femme mariée et la capacité de la femme libre est l'un des traits les plus originaux et les plus caractéristiques du droit moderne. Dans les deux anciennes législations d'où émanent les divers codes qui régissent aujourd'hui l'Europe, ce contraste n'existait point encore : on ne le retrouve, ni dans la jurisprudence romaine, ni dans les coutumes barbares. L'épouse, à Rome, n'était soumise, dans l'administration de sa fortune personnelle, à aucune autorité maritale, et les lois qui la frappaient d'incapacité, telles que le sénatus-consulte Velléien, atteignaient aussi la fille et la veuve. Chez les Germains, le

[1] Cpr. art. 37, 56.

pouvoir marital n'était qu'une variété de cette puissance aux formes diverses qui, sous le nom de *mundium*, pesait sur la femme depuis sa naissance jusqu'à sa mort. Dans la loi moderne, au contraire, à l'étranger comme chez nous [1], ce n'est plus la femme qui est incapable, c'est l'épouse : l'incapacité du sexe ne commence qu'avec le mariage, et elle finit avec lui.

Quelle est donc la vraie nature de cette incapacité? Quelle a été la pensée des législateurs modernes et, en particulier, celle des rédacteurs de nos codes? Ont-ils considéré la femme comme une personne qui, pleinement capable par elle-même, apte par sa nature à toutes les fonctions de la vie civile, devait seulement respecter en son mari le chef du ménage et déférer à son autorité? ou plutôt n'ont-ils vu dans la femme qu'un être faible et sans expérience, qu'il était utile de mettre en tutelle dès qu'un tuteur commode et tout trouvé se présentait pour elle dans la personne du mari? En un mot, l'état de la femme mariée est-il un état de simple dépendance ou un état de véritable incapacité? Pour résoudre cette question fondamentale, il ne sera peut-être pas inutile de consulter les documents de notre ancienne jurisprudence.

Remontons d'abord jusqu'à l'époque où l'originalité primitive de notre droit coutumier ne s'était pas encore effacée sous l'influence des lois romaines. Interrogeons Beaumanoir et les héritiers de sa doctrine [2]. Ils nous répondront que le fondement de la puissance maritale n'est point dans une incapacité naturelle de la femme, mais dans l'intérêt du bon ordre et de la paix du ménage, qui exige la soumission de l'épouse et la suprématie du mari. « Cette puissance, dit l'un d'eux dans son nerveux et pittoresque langage, n'est pas empêchement essentiel et en la même personne de la femme, mais en dehors et par accident. La femme donc en soi est habile à contracter et, l'accident qui l'empêche étant ôté, son obligation, qui a pris source de sa volonté en laquelle

[1] Voy. *suprà*, p. 250, 288, 307.
[2] Voy. *suprà*, p. 371 et suiv.

elle était libre, reprend sa vigueur, qui était obombrée et couverte par la puissance de son mari[1]. » Les résultats pratiques de cette doctrine étaient aisés à déduire. La femme ne pouvait attaquer elle-même un acte qu'elle avait accompli dans la plénitude de sa capacité naturelle, en sorte que la mort du mari ou sa ratification rendait cet acte inattaquable Le mari devenait-il incapable lui-même d'avoir une volonté ou de la manifester, était-il absent ou en démence, la puissance maritale s'effaçait alors et la capacité de la femme, reprenant aussitôt son libre exercice, se suffisait à elle-même. Enfin le mari était-il mineur, c'est-à-dire incapable aux yeux de la loi d'avoir une volonté sage et réfléchie, la puissance maritale n'en subsistait pas moins ; le mari mineur, et incapable à ce titre d'agir pour lui-même, était capable, malgré sa minorité, de valider par son autorisation les actes d'une épouse majeure, et il n'y avait rien là de contradictoire qu'en apparence : l'autorisation d'un mineur, qui eût été vaine et dérisoire si elle eût eu pour but de subvenir à l'inexpérience de la femme et de suppléer à son défaut de capacité, était au contraire nécessaire et suffisante pour constater la dépendance de l'épouse et l'autorité de son mari[2].

Cette doctrine de nos vieux coutumiers eut bientôt à lutter contre une doctrine rivale, celle des sectateurs du droit romain, dont l'influence commençait déjà à prévaloir lors de la réformation de nos coutumes. Trop fidèles à leur habitude de chercher exclusivement dans les Pandectes le secret d'institutions que Rome n'avait jamais connues, les romanistes français des XV^e^ et XVI^e^ siècles ne manquèrent pas d'y chercher aussi l'explication du pouvoir marital, et ils crurent la trouver dans les textes qui parlent de « l'imprudence, de la fragilité, de l'imbécillité de la femme. » Dès lors l'autorité maritale se transforma, à leurs yeux, en une sorte de tutelle à la romaine, destinée à secourir la femme comme un pu-

[1] Guy Coquille, *question* 100.

[2] Loisel, *Instit. cout.*, I, 2, n. 22; Legrand, *sur Troyes*, art. 80, gl. 2, n. 2; Auroux des Pommiers, *sur Bourbonnais*, art. 232, n. 8 et suiv.

pille et à la protéger contre sa propre faiblesse. Les conséquences pratiques de cette nouvelle théorie étaient précisément l'inverse de celles que j'indiquais tout à l'heure : la femme à qui l'assistance maritale avait fait défaut, pouvait elle-même attaquer le contrat qu'elle avait souscrit, car elle était censée n'avoir agi que par imprudence; ni le décès du mari ni sa ratification postérieure n'eussent pu valider cet acte et couvrir une nullité établie surtout dans l'intérêt de la femme et à son profit; enfin, si le mari ne pouvait fournir lui-même à sa femme une protection suffisante, s'il était absent, en démence, ou même seulement mineur, la puissance maritale était suspendue; car comment un incapable eût-il pu protéger un autre incapable? et l'autorisation du magistrat venait remplacer celle du mari[1].

Et maintenant, de ces deux systèmes, quel est celui qui a passé dans nos codes? La réponse me paraît facile, je la vois écrite dans chaque article du Code civil sur l'autorisation maritale : j'y lis que, faute d'autorisation, la nullité de l'acte peut être réclamée par la femme elle-même; qu'elle n'est point couverte par le silence et la mort du mari; que si le mari est mineur, absent, interdit, condamné à une peine afflictive, la femme ne peut plaider ni contracter sans l'autorisation du juge[2]. Tous ces textes ne disent-ils pas hautement que la puissance maritale est établie dans l'intérêt personnel et individuel de la femme, et non pas seulement dans l'intérêt du ménage; qu'elle a sa cause dans cette légèreté et cette imprudence dont les légistes ont fait de tout temps l'apanage du sexe; et qu'enfin elle soumet la femme non pas à une simple dépendance, mais à une véritable incapacité?

Veut-on s'en convaincre mieux encore? l'on n'a qu'à consulter la jurisprudence. On la verra, fidèle à l'esprit du Code, faire du pouvoir marital une véritable tutelle. L'autorisation du mari qui, dans l'origine, n'était qu'une simple permission, un simple « congé, » suivant l'expression des anciens

[1] Voy. Bouhier, *Observ. sur la cout. de Bourgogne*, ch. XIX.
[2] Art. 221-225.

juristes, s'est peu à peu transformée en une véritable *assistance*, semblable à celle que le tuteur romain prêtait autrefois au pupille, semblable à celle qu'aujourd'hui le curateur ou le conseil judiciaire prêtent au prodigue ou au jeune homme émancipé. L'autorisation doit précéder ou accompagner l'acte de la femme, elle ne peut le suivre : la nullité de l'acte ne serait pas mieux couverte par la ratification du mari que par son silence et son décès[1]. L'autorisation doit être spéciale, et ce principe, écrit dans la loi[2], est appliqué par les tribunaux avec une extrême rigueur : un mari confère à sa femme le pouvoir de vendre tel champ ou telle maison qu'il détermine; est-ce là une autorisation spéciale? Nullement, répond la jurisprudence; il faut encore que le mari ait connu et spécifié toutes les conditions du contrat; s'il s'en remettait là-dessus à la prudence de sa femme, il tromperait le vœu de la loi et manquerait à ses devoirs de tuteur[3]. Il est si vrai que la femme, en se mariant, tombe en un état d'incapacité, je dirais presque de minorité légale, qu'elle perd le droit de faire, même avec l'assistance de son mari, tel acte qu'elle eût pu accomplir seule la veille de son mariage : l'épouse, même autorisée, est moins capable que ne le sont la fille ou la veuve. Il est hors de doute, en effet, que la veuve ou la fille pourrait donner à un tiers un mandat général d'acheter ou de vendre; mais de la part de l'épouse un tel mandat est impossible, et toute autorisation maritale serait impuissante à le valider; car, si le mari ne peut conférer à la femme un pouvoir indéfini de vendre ou d'acheter par elle-même, comment pourrait-il conférer un pouvoir indéfini de vendre ou d'acheter par autrui? Il y a plus, le

[1] Paris, 12 mai 1859, Dev. 59, 2, 561. — Valette, sur Proudhon, t. I, p. 467.

[2] Art. 223, 1538.

[3] Caen, 27 janvier 1851, Dev. 51, 2, 428. — On a dit que la spécialité de l'autorisation était dans l'intérêt du mari lui-même; ses droits sont sacrés, on n'a pas voulu qu'il pût les abdiquer et s'en dessaisir par une autorisation générale. — Mais le mari ne pourrait-il pas donner à la femme mandat de vendre, sans fixation de prix, des biens de communauté? Oui, sans doute. S'il peut donner un tel mandat pour les biens de la communauté et ne le peut pour les biens de la femme, c'est évidemment parce que le bien de la femme est *en tutelle*.

mari lui-même, d'après la jurisprudence actuelle, ne pourrait recevoir de sa femme un pareil mandat : la femme a le droit d'intervenir en personne dans les actes qui la concernent, et, comme tous les incapables, elle est impuissante à abdiquer aucun de ses droits[1].

Ne serons-nous pas forcés de reconnaître ici, dans la jurisprudence comme dans la loi, un défaut de logique et d'harmonie? Ce contraste, nouveau en législation, entre l'incapacité de la femme mariée et la capacité de la femme libre n'est-il pas condamné par la raison comme par l'histoire? C'est ce que je me réserve de rechercher plus tard. Avant d'essayer de critiquer la loi ou de la défendre, je dois d'abord achever de l'exposer tout entière. J'ai cherché jusqu'ici à découvrir le fondement de la puissance maritale ; je voudrais maintenant en déterminer l'étendue. L'exercice de cette puissance ne varie-t-il pas dans les divers actes de la loi civile? en d'autres termes, l'autorisation du mari est-elle toujours nécessaire? est-elle toujours suffisante? Ces deux points exigent quelques développements.

I. Les femmes mariées sont incapables, dit le Code, « dans les cas exprimés par la loi[2]. » Cette incapacité n'est donc point absolue, la puissance maritale a ses limites; il s'agit de les déterminer.

S'il fallait en croire certains jurisconsultes, ces limites varieraient avec les conventions matrimoniales, et les époux pourraient à leur gré, en adoptant tel ou tel régime nuptial, les resserrer ou les étendre. Mais que deviendrait alors le principe sacré qui met au-dessus des conventions particulières les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes? Que signifierait le texte du Code qui interdit aux époux de déroger, dans leur contrat, « aux droits qui résultent de la puissance maritale ou qui appartiennent au mari comme chef[3]? » Nous allons reconnaître, j'espère, que

[1] Cassat., 10 mai 1853, Dev. 53, 1, 571. — Le mandat de l'art. 1577 n'a trait qu'à des actes auxquels l'autorisation maritale ne s'applique point.

[2] Art. 1124.

[3] Art. 1388.

le Code n'est point en contradiction avec lui-même, que la puissance maritale est invariable, et que les jurisconsultes qui veulent la mesurer sur les clauses du contrat nuptial, confondent deux choses qu'il faut nettement distinguer.

La femme, en se mariant, transfère le plus souvent à son mari un droit d'administration, de jouissance, parfois même de copropriété sur les biens qu'elle possède, Mais ce droit, que le contrat de mariage mesure et réglemente, n'est point un élément de la puissance maritale et ne saurait se confondre avec elle. Le mari ne le tient, en effet, que de la volonté même de sa femme; en l'exerçant, il agit comme son mandataire ou son ayant cause et non point comme son maître. Si l'épouse qui ne s'est pas réservé, par son contrat de mariage, des biens paraphernaux ou séparés, ne peut plus faire aucun acte d'administration, ce n'est pas la capacité d'administrer, c'est la chose à administrer qui lui fait défaut. Cela est si vrai que si la femme, après s'être ainsi dessaisie, recevait d'un tiers une donation, avec une clause affectant les biens donnés à sa jouissance exclusive, elle pourrait, c'est la jurisprudence qui le déclare, administrer librement ces biens, sans que la puissance maritale lui fît obstacle[1]. Nous serons donc fidèles à l'esprit du Code et de la jurisprudence en distinguant, dans les pouvoirs du mari, deux éléments divers et par leur origine et par leur nature : la puissance maritale qui, établie par la loi, est nécessaire et indélébile; les droits pécuniaires sur la dot, qui sont facultatifs et variables comme les conventions dont ils dépendent. L'examen spécial de ces diverses conventions aura bientôt son tour dans la suite de cette étude; pour le moment, la puissance maritale, qui n'a rien de commun avec elles, doit seule nous occuper.

La distinction même que je viens d'établir va nous indiquer les limites de cette puissance : la femme n'est soumise à l'autorité maritale que dans les actes où elle dispose de ses biens, jamais dans ses actes d'administration; toutes les

[1] Paris, 5 mars 1846, *J. du P.*, 1846, t. I, p. 483.

fois qu'elle administre (c'est-à-dire toutes les fois qu'elle a conservé quelques biens extradotaux), elle administre seule et sans maître [1]. Aussi voyons-nous les tribunaux confirmer ou annuler l'engagement de la femme non autorisée, suivant qu'il a ou non pour cause l'administration de ses biens [2]. C'est une distinction qu'il importe de signaler ici : nul doute, en effet, que, parmi les engagements étrangers à l'administration, il ne faille comprendre les cautionnements, les intercessions, en un mot toutes les obligations qui tombaient autrefois sous le coup du sénatus-consulte Velléien; nous pouvons donc appliquer à ces actes la doctrine adoptée par la jurisprudence, et décider avec certitude que toute femme mariée, quel que soit d'ailleurs son régime nuptial, quelle que soit la nature de sa fortune, mobilière ou immobilière, ne peut jamais s'obliger pour autrui sans l'autorisation spéciale de son mari.

II. Mais si, dans tous ses actes, l'autorisation maritale est indispensable, cette autorisation suffira-t-elle toujours pour habiliter la femme et compléter sa capacité?

Il est des circonstances, des accidents, qui viennent renverser les lois naturelles de l'association conjugale et qui transportent, pour un moment, du côté du sexe le plus faible la supériorité de force, d'expérience ou de dignité. Il se peut que le mari sorte à peine de l'adolescence et ne soit pas encore parvenu à l'âge de la capacité légale, ou que la maladie ait troublé sa raison, ou qu'une absence prolongée laisse ses intérêts en souffrance, ou qu'une condamnation criminelle ait constaté son indignité et publié son infamie. En de telles circonstances, la loi ne devra-t-elle pas intervertir les rôles respectifs des deux époux, et confie provisoirement à la femme la direction du ménage, et le soin d'assister ou de remplacer le mari?

Cette translation des pouvoirs domestiques a lieu, en effet, pour tout ce qui concerne la surveillance et l'éduca-

[1] M. Demolombe (t. IV, n° 205) a déjà montré combien est inexacte sous ce rapport la rédaction de l'art. 223.

[2] Cassat., 30 déc. 1862, Dev. 63, 1, 257.

tion des enfants et ce que l'on pourrait appeler la direction morale du ménage : dans cette sphère, la femme devient capable le jour où le mari cesse de l'être. La puissance de la mère, qui s'efface devant celle du père tant que celui-ci a le libre exercice de ses droits, règne sans partage sitôt que le père est absent, interdit, ou déchu de sa puissance par suite d'une condamnation pénale[1]. La mère, dans ces divers cas, jouit de pouvoirs presque aussi étendus que si elle était déjà veuve, ni la justice ni les représentants légaux de son mari ne peuvent s'immiscer dans l'exercice de son autorité[2].

Mais s'il en est ainsi de la direction morale du ménage, pourquoi en est-il tout autrement de sa direction économique? Pourquoi la femme, apte à remplacer le mari dans le gouvernement de la famille, est-elle jugée incapable de le remplacer dans la gestion du patrimoine? C'est ici que va nous apparaître tout entière la pensée du législateur sur l'incapacité de la femme. La loi n'avait rien à craindre en confiant des enfants à leur mère, elle pouvait compter sur l'affection maternelle pour suppléer chez la femme au défaut de sagesse et d'expérience; mais quant au patrimoine du ménage, la loi se défiait trop de l'imprudence de la femme, de son ignorance des affaires, pour oser jamais le livrer à ses mains débiles et inexpérimentées. Dans l'ordre des intérêts pécuniaires, la femme mariée demeure toujours incapable, toujours en tutelle; son tuteur ordinaire, c'est le mari; et si le mari est lui-même incapable, s'il ne peut entourer les intérêts de la femme d'une protection suffisante, la loi appelle à sa place un autre protecteur, le magistrat. Le mari est-il encore mineur, est-il sous le coup d'une condamnation infamante, est-il interdit ou seulement pourvu d'un conseil judiciaire ou enfermé dans une maison d'aliénés[3], son absence est-elle déclarée ou seulement pré-

[1] Code civ., art. 141, 149; Code de commerce, art. 2. *Item*, si le père est mis dans un établissement d'aliénés.

[2] Si le père peut, en vertu de l'art. 391, restreindre les droits de la veuve comme *tutrice*, il ne peut point restreindre ses droits comme *mère*.

[3] Ces deux derniers points n'ont pas été réglés par la loi, mais par la jurisprudence. Cassat., 11 août 1840, Dev. 40, 1, 858; Rennes, 7 déc. 1840, Dev. 41, 3, 423.

sumée; dans tous ces cas, la nécessité d'une autorisation judiciaire remplace la nécessité de l'autorisation maritale. Comme on le voit, l'incapacité de la femme reste la même, rien n'est changé que la personne de son tuteur.

Est-ce là tout? ai-je épuisé la série des cas où le mari est incapable et son autorisation insuffisante? Si je ne me trompe, il est deux cas encore où la loi, pour être fidèle à son principe, aurait dû placer les intérêts de la femme mariée sous la protection immédiate des tribunaux.

Le premier est celui où la femme a obtenu contre son mari la séparation de corps. Une jurisprudence aujourd'hui unanime et à laquelle on doit applaudir, retire en ce cas au mari l'exercice de la puissance paternelle et, s'armant contre lui des anciennes dispositions sur le divorce, lui enlève la garde et la direction de ses enfants pour les confier à la mère[1]. Mais, tout en privant le mari de ses droits de père, la jurisprudence le maintient dans ses droits d'époux et retient la femme séparée d'avec lui sous son autorité et sous sa tutelle[2]. Cette décision, il faut bien le reconnaître, est parfaitement légale; mais qu'elle soit de plus, comme l'affirme un jurisconsulte éminent[3], « très-logique et très-sage, » c'est ce dont je me permettrai de douter. Du moment que la loi considérait les femmes mariées comme incapables de veiller elles-mêmes à leurs intérêts et les soumettait à une sorte de tutelle, du moment qu'elle refusait cette tutelle au mari qu'une condamnation infamante lui rendait suspect, il eût été, ce me semble, plus sage et plus logique de la refuser aussi à celui qui venait de fouler aux pieds tous ses devoirs conjugaux[4].

Il est un second cas où l'autorisation maritale cesse d'être pour les intérêts de la femme une garantie : c'est le cas où le mari lui-même a un intérêt personnel dans l'acte que

[1] Art. 302. Cassat., 17 juin 1845, Dev. 46, 1, 52.

[2] Cassat., 13 nov. 1844, Dev. 45, 1, 45. Cpr. art. 215, 217, 311.

[3] M. Demolombe, t. IV, n° 119.

[4] L'abus à craindre n'est pas dans le refus d'autorisation (la justice est toujours là), mais dans l'octroi de l'autorisation. Si le mari veut pousser la femme à sa ruine, la loi ne lui en facilite-t-elle pas le moyen?

la femme va souscrire. Loin d'être une garantie, l'assistance du mari n'est ici qu'un danger de plus : la femme va trouver en lui, non plus un tuteur, mais un adversaire. Certes c'est ici ou jamais qu'il faudrait appeler sur elle la protection de la justice : si cette protection lui est utile lorsque le pouvoir marital fait défaut et la laisse livrée à elle-même, ne lui sera-t-elle pas indispensable, lorsque le pouvoir marital se tourne contre elle et se change en un redoutable abus d'influence? Ainsi l'ont pensé les législateurs étrangers : je me bornerai à citer à ce sujet le plus récent et, à quelques égards, le plus remarquable de tous les codes européens, le code du nouveau royaume d'Italie[1]. Ce code s'est beaucoup moins défié que le nôtre de la faiblesse et de l'inexpérience de la femme mariée : il la laisse agir seule et sans autorisation judiciaire lorsque le mari, mineur, absent ou en démence, est hors d'état de l'assister. Mais, s'il suppose la femme assez forte pour se passer au besoin du mari et pour agir sans lui, il la suppose trop faible pour agir contre lui et pour lutter contre sa puissance : dès que les intérêts des deux époux sont en conflit, la femme ne peut plus agir que sous le contrôle de la justice. Telle est la disposition fort sage de la nouvelle loi italienne. La loi française a-t-elle montré la même prévoyance?

Certainement les dangers de cette situation difficile n'ont point échappé aux prévisions de nos législateurs. La crainte d'un abus d'influence de la part du mari se trahit dans maint article du Code : la femme est réputée dans l'impossibilité d'agir et la prescription ne court point contre elle toutes les fois que son action pourrait « réfléchir contre son mari; » elle ne peut consentir, dans l'intérêt de son mari, à la réduction de son hypothèque légale ; elle ne peut faire à son mari, comme recevoir de lui, que des libéralités révocables et non déguisées; elle ne peut lui vendre ni acheter de lui que dans un petit nombre de cas spéciaux; elle ne peut faire, de concert avec lui, aucune modification à son

[1] Voy. *suprà*, p. 508.

contrat de mariage[1]. Voilà un certain nombre de conventions qui seraient de nature à mettre en conflit les intérêts des deux époux, et que la loi a soin d'interdire. Mais toutes ces prohibitions, qu'on le remarque bien, sont exceptionnelles; pour pouvoir les étendre, il faudrait renverser toutes les règles de l'interprétation juridique; pour pouvoir les ériger en un principe général, il faudrait rayer de la loi les textes les plus formels : l'article 1431, qui permet aux deux époux de s'obliger solidairement l'un pour l'autre; l'article 1435, qui autorise la femme à accepter le remploi que son mari lui offre; l'article 1451, qui admet le rétablissement de la communauté par « le consentement des deux parties; » l'article 1577, qui suppose un mandat donné par la femme au mari; la loi du 23 mars 1855, qui parle « des cas où la femme peut céder son hypothèque légale » aux créanciers de son mari ou y renoncer en leur faveur. En un mot, la validité des contrats entre époux est partout supposée dans la loi, bien qu'elle n'y soit proclamée nulle part. C'est ce que la jurisprudence, après quelques hésitations, s'est décidée aujourd'hui à reconnaître. En rapprochant et comparant ses principaux arrêts, l'on en dégage ces deux règles : les contrats entre époux sont valables, sauf les cas exceptés par la loi; les contrats qu'une femme passe avec un tiers dans l'intérêt de son mari et autorisée par lui, sont valables sans exception[2]. Telle est la doctrine qui paraît avoir définitivement prévalu; c'est la seule que les lois autorisent et, si on lui reproche de mettre en péril les intérêts de la femme et de la famille, c'est jusqu'à la loi elle-même que ces reproches doivent remonter.

Et maintenant il est aisé d'appliquer ces principes généraux au contrat spécial qui fait l'objet de cette étude. La conséquence est inévitable : une femme mariée a pleine capacité pour cautionner son mari, pourvu que son mari l'y autorise; ainsi la prohibition de l'authentique *si qua*

[1] Art. 2256, 2144, 1096-1099, 1595-1707, 1394, 1395.

[2] Cassat., 8 nov. 1814, Dev. 15, 1, 113; Cassat., 4 février 1846, Dev. 46, 1, 553; Bordeaux, 29 avril 1856, Dev. 57, 2, 54.

mulier, non moins que celle du sénatus-consulte Velléien, a disparu de nos lois.

Serait-il possible, en effet, d'assimiler le cautionnement de la femme pour son mari à l'un des contrats entre époux que la loi prohibe? Pourrait-on dire, par exemple, que la femme, en se portant caution, a procuré à son mari un avantage gratuit et irrévocable? La confusion serait grossière, et les juristes romains se sont bien gardés d'y tomber : le sénatus-consulte Velléien, qui défendait à la femme toute espèce de cautionnement, lui permettait en même temps toute espèce de libéralité. De tous les contrats, il n'en est pas qui soit plus franchement *commutatif* que celui de la caution, puisque, en devenant débitrice, elle devient en même temps créancière du débiteur principal, et que cette dette et cette créance sont, sauf les chances d'insolvabilité, l'exact équivalent l'une de l'autre. Sans doute, si la femme, en cautionnant son mari, déclarait en même temps qu'elle renonce à tout recours en garantie contre lui, il y aurait là une libéralité ; mais cette libéralité résiderait, non dans le cautionnement lui-même, mais dans la renonciation au recours, qui en est indépendante; que cette renonciation fût nulle ou du moins révocable, je le veux bien; mais le cautionnement n'en subsisterait pas moins, et vis-à-vis du créancier la femme demeurerait efficacement et irrévocablement liée.

Voici donc, en résumé, la conclusion nécessaire et irrésistible où nous conduisent les diverses règles du Code sur l'incapacité de la femme mariée. La femme mariée ne peut jamais s'engager pour autrui sans l'autorisation de son mari; au contraire, munie de cette autorisation, son cautionnement est toujours valable, et l'on ne doit nullement distinguer si celui qu'elle cautionne est un étranger ou son mari lui-même.

Toutefois, la question n'est pas encore épuisée. Nous ne l'avons étudiée jusqu'ici qu'en faisant abstraction du régime matrimonial auquel la femme peut être soumise. Dans les rapports entre époux, nous n'avons tenu compte que des

rapports nécessaires et légaux qui résultent de la puissance du mari et de l'incapacité de la femme; nous avons laissé à l'écart les rapports conventionnels que le contrat de mariage a pu établir. Or, parmi ces conventions matrimoniales si nombreuses et si diverses, n'y en a-t-il aucune qui mette obstacle aux engagements de la femme pour son mari?

Cette question nous transporte dans un nouveau et vaste champ d'étude. Pour le parcourir dans son ensemble, nous devrons examiner tour à tour quelle est la capacité particulière de la femme sous chacun des deux grands régimes nuptiaux qui, depuis le moyen âge, se sont toujours partagé la France, le régime de communauté et le régime dotal.

III.

S'il est un régime nuptial qui, par sa nature, doive mettre obstacle aux contrats entre époux et aux engagements de la femme pour son mari, ce ne sera pas du moins, à coup sûr, le régime de communauté. Le propre de ce régime, c'est de faire de la femme l'associée du mari et de l'appeler à ce titre à collaborer avec lui. A l'inverse du régime dotal qui sépare et isole le patrimoine de l'épouse pour le mettre à l'abri des vicissitudes de la vie conjugale, le régime de communauté rapproche ou confond les patrimoines des deux époux, identifie leurs intérêts et veut que tout soit commun entre eux, la bonne comme la mauvaise fortune. Or y aurait-il rien de plus illogique et de plus contradictoire qu'une loi qui, après avoir établi entre les époux une collaboration de chaque jour, leur défendrait de s'obliger ensemble et l'un pour l'autre? Une application si abusive du sénatus-consulte Velléien trouverait sa condamnation dans le droit romain lui-même : jamais Ulpien ou Gaius n'ont considéré comme des *intercessions* les engagements que deux associés souscrivent l'un pour l'autre

dans la gestion de leurs affaires communes[1]. La femme, elle aussi, n'intercède point lorsqu'elle s'oblige pour celui qui, par le contrat nuptial, est devenu son associé en même temps que son époux; elle n'intercède point, car, en s'engageant ainsi, ce n'est point pour des intérêts étrangers qu'elle compromet sa fortune, c'est pour l'intérêt de la communauté, c'est-à-dire pour son intérêt propre. « Mulieris interest, disait à ce sujet Dumoulin, en son latin énergique et barbare; nec videtur in aliquo pro alio, sed in totum pro suo obligari; et dato quod videretur partim fidejubere, tamen quod fidejubet, in rem suam fidejubet, et sic cessat Velleianum[2]. » Et si Dumoulin le décidait ainsi, lui qui n'octroyait à la femme sur la communauté qu'un droit futur et éventuel, combien cela n'est-il pas plus évident sous le Code Napoléon qui considère la femme comme copropriétaire avec le mari dès le moment du mariage? Nous n'avons, pour nous en convaincre mieux encore, qu'à suivre dans ses résultats cette dette du mari à laquelle la femme s'est associée : que vont devenir ces deniers empruntés? Ils vont tomber dans la caisse de la communauté qui appartient à la femme comme au mari; et si plus tard ces deniers sont engagés dans quelque spéculation ou quelque entreprise, pour qui sera le profit ou la perte? Pour la communauté, c'est-à-dire pour la femme comme pour le mari. Il est donc vrai que la femme, en cautionnant, a agi dans son propre intérêt et pour elle-même, *in rem suam fidejussit*.

Mais cette présomption générale ne sera-t-elle pas quelquefois trompeuse? Peut-être le mari, au lieu d'appliquer au bien du ménage les deniers qu'il emprunte, va-t-il les perdre au jeu, les donner à un enfant naturel, les appliquer à l'amélioration de ses biens propres; peut-être la femme abusée va-t-elle se trouver réduite à payer de son argent la dette dont un autre aura recueilli le profit. Oui, j'en conviens, la présomption légale sera parfois démentie par les

[1] Fr. 17 § 2, D. XVI, 1.

[2] Dumoulin, *Tr. de Usuris, quest.* XXXVIII, n. 291.

faits; mais à l'égard des tiers, c'est-à-dire des créanciers, elle n'en devra pas moins rester absolue. Le créancier qui prête au mari, prête au chef de la communauté, au représentant du ménage; l'on ne saurait faire dépendre le sort de sa créance d'un emploi de deniers qu'il n'a pas pu prévoir et qu'il ne pourra pas contrôler; la femme, à ses yeux du moins, a toujours eu une juste cause d'intervenir dans l'engagement; le frustrer de son action contre elle à cause de la faute du mari, ce serait le rendre victime d'une erreur invincible, et consacrer ainsi un résultat que les lois romaines et le sénatus-consulte Velléien lui-même ont toujours désavoué.

Il faut donc le reconnaître, l'adoption de la communauté comme régime matrimonial de droit commun entraînait forcément avec elle le rejet du sénatus-consulte Velléien et de l'authentique *si qua mulier*. Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont point méconnu cette conséquence. En organisant le système de la communauté légale, ils ne se sont pas bornés à autoriser les engagements des époux l'un pour l'autre, ils ont fait de ces engagements communs une règle et une loi générale. L'époux en communauté, mari ou femme, lorsqu'il contracte avec un tiers, est réputé agir, non dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt commun, c'est-à-dire pour son conjoint comme pour lui-même. Est-ce la femme qui s'oblige, le mari devient codébiteur et se trouve associé à l'obligation par cela seul qu'il l'approuve et l'autorise [1]. Est-ce au contraire le mari qui contracte la dette, la femme à son tour devient codébitrice : si elle est restée étrangère au contrat, elle est obligée *en tant que commune,* c'est-à-dire qu'elle peut encore, soit restreindre son obligation en faisant inventaire, soit s'en dégager en répudiant la communauté; si elle est intervenue au contrat, soit comme caution, soit comme débitrice solidaire, elle est obligée personnellement, c'est-à-dire pour le tout et d'une manière irrévocable [2]. Le seul bénéfice que la loi lui

[1] Art. 1409, 2°; cpr. art. 1413, 1432.
[2] Art. 1483, 1494, 1487.

accorde, c'est de la « réputer simple caution à l'égard du mari[1]. » Mais cette présomption, comme le texte de la loi le donne à entendre, n'a de force que vis-à-vis du mari. Dans ses rapports avec le créancier, la femme est traitée comme un débiteur ordinaire, et le caractère de son obligation, principale ou accessoire, solidaire ou conjointe, dépend toujours de la forme extérieure du contrat, jamais de sa destination secrète ni de ses résultats éventuels[2].

Jusqu'ici le système du Code a dû nous paraître fort logique et fort raisonnable ; mais la communauté légale est un système complexe, aux aspects multiples et changeants. Plaçons-nous à un nouveau point de vue, et nous verrons surgir de toute part contradictions et inconséquences. La communauté conjugale est une association sans doute, et c'est sous ce seul caractère que nous avons dû l'envisager d'abord. Mais ce n'est point une association ordinaire : c'est l'association du faible avec le fort, et le principe d'égalité qui régit les sociétés de droit commun, devait ici faire place à un système d'équilibre et de garanties. En organisant cette société de deux époux, les rédacteurs du Code pouvaient-ils oublier que l'un des associés n'était qu'une personne incapable, dépendante, tandis que l'autre, armé déjà de toutes les prérogatives de la puissance maritale, allait encore y joindre celle de maître et seigneur de la communauté? Pour rétablir l'équilibre dans une association aussi inégale, il fallait corriger l'excès de pouvoir d'un côté par une responsabilité sévère, et l'excès de faiblesse de l'autre par des priviléges exorbitants. De là un système compliqué de reprises, de prélèvements, d'indemnités, de récompenses. Après avoir mêlé et confondu les intérêts des deux époux, la loi les distingue et les sépare. Elle recherche avec un soin minutieux tous les profits particuliers que le mari aurait pu réaliser au détriment de la masse commune. Elle arme la femme des actions en indemnité les plus énergiques et les plus sûres. Elle garantit ces actions par une hypothèque

[1] Art. 1431.
[2] Art. 1487.

générale qui grève tous les immeubles du mari et en certains cas tous ceux de la communauté elle-même. Sacrifiant aux intérêts de la femme et le crédit du chef du ménage, et la sûreté des tiers, et les intérêts généraux du commerce, elle va jusqu'à tolérer en ce cas la clandestinité de l'hypothèque. Enfin, pour comble de précautions, elle rend la femme incapable de se dépouiller elle-même des priviléges dont elle l'a munie. Toute convention qui affranchirait les biens du mari de l'hypothèque légale, est frappée de nullité; toute convention qui restreindrait cette hypothèque, n'est valable qu'avec le concours de ces trois formalités : avis d'un conseil de famille, intervention du ministère public, homologation du tribunal[1].

Il semble que la femme n'ait plus rien à craindre et que désormais toute entreprise sur sa dot doive venir se briser contre ce rempart de garanties légales qui l'environne de toute part. Vaine apparence! Ces précautions minutieuses du législateur ressemblent à celles d'un général qui, après avoir muni soigneusement ses remparts et ses forts, aurait laissé par mégarde une des portes de la place entr'ouverte : l'ennemi, se glissant par ce passage, se serait bientôt rendu maître des batteries et les tournerait contre ceux-là mêmes qu'elles auraient dû défendre. Ainsi en a-t-il été de ce savant système de défenses qui, dans l'espoir du législateur, devait mettre le bien dotal à l'abri contre toute attaque : il a suffi d'une simple lacune dans les prévisions législatives pour ouvrir une porte à l'ennemi, et bientôt toutes les armes que la loi avait placées dans les mains de la femme, ont passé de ses mains dans celles de ses adversaires.

Cette lacune dans le système de garanties et de prohibitions dont la femme est environnée, c'est précisément cette faculté que la loi lui a ouverte, de s'engager pour son mari et de le cautionner. En signant un pareil engagement, la femme livre aux créanciers du mari toutes les armes que la loi lui donnait contre eux. Une fois liée envers ces créanciers

[1] Art. 2140, 2144. — Le tribunal prononce même ici un jugement, plutôt qu'une simple *homologation*.

et devenue leur débitrice, comment pourrait-elle ensuite exercer contre eux ses hypothèques et priviléges pour se faire payer sa dot à leur détriment? Les créanciers lui diraient : « Vous nous avez garanti la solvabilité de notre débiteur ; vous ne pouvez donc pas, en vous faisant payer avant nous, le rendre insolvable à notre égard. » Et non-seulement la femme se trouve ainsi désarmée, mais de plus les créanciers, je le répète, vont tourner contre elle ses propres armes. Un créancier, en effet, a pour gage tous les droits de ses débiteurs et peut les exercer à leur place ; les créanciers du mari, qui ont la femme aussi pour débitrice, vont donc exercer eux-mêmes en son nom tous ses droits et priviléges et détourner à leur propre compte toutes les valeurs que son hypothèque eût dû lui procurer[1].

Telle a été la première brèche faite au système de protection qui entourait la dot, et cette brèche, s'élargissant toujours sous les efforts incessants des praticiens, a fini par mettre les intérêts dotaux complètement à découvert. Du moment, en effet, que l'on autorisait la femme à subroger indirectement à son hypothèque les créanciers du mari en s'obligeant envers eux, pourquoi ne lui aurait-on pas permis de faire une telle subrogation directement et sans souscrire aucune obligation personnelle? De cette idée si simple, est né le pacte fameux de la *subrogation à l'hypothèque légale*, pacte que le législateur n'avait point prévu, que les théoriciens n'auraient point découvert, et qui, comme toutes les grandes inventions en jurisprudence, est sorti obscurément de la pratique des affaires[2].

L'on s'explique aisément le succès de ce pacte nouveau et ses rapides progrès, quand on réfléchit combien l'emploi en était simple et commode. La femme y trouvait l'avantage de communiquer son crédit au mari sans s'engager elle-même. Le créancier y trouvait l'avantage d'obtenir une subrogation exclusive et dont la femme ne pouvait plus amoindrir le bé-

[1] Art. 775, Code de procédure.

[2] Ch. Beudant, *de la Subrogation aux droits d'hypothèque*, 1866, p. 1. Voy. aussi Bertauld, *Traité des subrogations à l'hypothèque légale*, 1864.

néfice en contractant des obligations postérieures. Enfin les deux parties y trouvaient cet avantage commun, d'être complètement affranchies de toute formalité gênante : car, comme cette convention nouvelle ne ressemblait à aucun des contrats que le Code avait prévus, elle échappait par là même à toutes les formalités que le Code avait pu prescrire. Ce n'était pas une cession, la femme n'aliénait aucun de ses droits : ainsi pas de signification ni d'acceptation authentique. Ce n'était pas un nantissement, la femme n'était point dessaisie : partant, pas de notification, pas d'acte à enregistrer. Ce n'était pas une réduction d'hypothèque, l'hypothèque de la femme conservait toute son étendue : dès lors, ni conseil de famille, ni intervention du ministère public, ni homologation de la justice. Enfin, ainsi dégagé de toutes les entraves mises à ces divers contrats, le simple pacte de subrogation était à lui seul presque aussi efficace pour les parties qu'auraient pu l'être tous ces contrats réunis.

Mais plus cette convention était d'un usage aisé et commode, plus elle présentait de dangers. Tout cet échafaudage de priviléges et de garanties que le législateur avait cru rendre si solide, pouvait maintenant être renversé par la main débile d'une personne incapable. Il suffisait pour cela à la femme d'un simple mot, souvent même d'une intervention muette[1], et comme tous les créanciers du mari quelque peu avisés ne manquaient jamais de réclamer cette intervention, la protection légale promise à la femme n'était plus qu'un mensonge. Le privilége exorbitant d'une hypothèque occulte, que l'incapacité de la femme mariée pouvait seule faire tolérer, loin d'être avantageux pour elle, ne profitait plus qu'à ses adversaires. Si parfois encore elle pouvait s'en prévaloir, c'était précisément aux dépens des créanciers les plus dignes d'intérêt, de ceux dont on avait exploité l'ignorance ou la confiance, de ceux qui, ayant reçu quelque

[1] La *subrogation tacite* résultait, par exemple, de la simple intervention de la femme dans le contrat de vente consenti par le mari.

injure ou quelque dommage, étaient devenus ses créanciers sans contracter avec elle[1].

Cette subrogation, si ruineuse pour la femme, était-elle du moins d'une utilité réelle pour les créanciers qui la réclamaient? Loin de là, elle était pour eux pleine de déceptions et de mécomptes. « Car qu'imaginer de plus dangereux, de plus injuste, de plus contraire au crédit et à l'ordre public, que cette faculté laissée à la femme de céder ses droits à un premier, à un second, à un troisième.... à un vingtième subrogé, et à l'exception du premier, de les tromper tous? Bien qu'organisé contre elle, le droit de subrogation devint en ses mains une arme terrible qu'elle put tourner contre ceux-là même, qui y cherchaient leur salut[2]. »

Et cependant cette convention, si périlleuse pour les deux parties, était passée dans le formulaire des praticiens et était devenue, dans tous les actes, une clause de style. Tous les notaires faisaient renoncer les femmes à leur hypothèque légale, comme ils les faisaient renoncer autrefois au sénatus-consulte Velléien. Tous les abus qu'avait engendrés jusqu'au XVI[e] siècle cette détestable pratique, reparurent sous le règne du Code : comme au temps du Velléien, le mauvais langage des praticiens revêtit ces clauses renonciatives de formules variées et bizarres, dont les parties, et souvent les notaires eux-mêmes, ne pouvaient démêler le sens ; comme au temps du Velléien, les procès se multiplièrent, les plaintes éclatèrent de toute part, et la voix publique demanda au législateur moderne, comme autrefois Leschassier à Henri IV, « d'arracher enfin cette mauvaise herbe du champ de la justice[3]. »

Ces réclamations prirent un caractère officiel lors de la grande enquête qu'ouvrit en 1843 le gouvernement sur les vices du régime hypothécaire. Plusieurs cours royales demandèrent alors que les formalités imposées par le Code à la réduction de l'hypothèque légale fussent étendues à

[1] *Documents sur le régime hypothécaire*, t. II, p. 447.
[2] Mourlon, *Transcription hypothécaire*, t. II, p. 526.
[3] Voy. *suprà*, p. 411.

toutes les renonciations et cessions d'hypothèque que la femme pouvait consentir. Plusieurs facultés de droit, par un goût exagéré peut-être de codification, proposèrent de couper court aux débats nés de la variété des clauses renonciatives, en donnant à toutes ces clauses un effet identique et indépendant des formules employées[1]. La Faculté de droit de Paris émit le vœu que « la femme mariée ne pût plus s'obliger comme caution de son mari ou comme débitrice conjointe ou solidaire, ni renoncer pendant le mariage à ses sûretés légales, ni les céder, ni y subroger,... à moins que, dans ces divers cas, elle n'obtînt l'autorisation de la justice[2].

Quelques années plus tard, lorsque le gouvernement républicain remit à l'étude la réforme hypothécaire, une heureuse innovation fut proposée et trouva place dans le remarquable projet de loi de 1851 : ce fut la soumission de toute cession ou abandon de l'hypothèque de la femme à la double formalité d'un acte authentique et d'une mention dans le registre des hypothèques. C'est ce projet de réforme, trop longtemps ajourné, qu'est venue enfin réaliser la loi du 23 mars 1855. Par ces deux garanties de l'authenticité et de la publicité, la loi nouvelle a sauvegardé à la fois et les intérêts de la femme et ceux des créanciers : les intérêts de la femme, car, grâce aux formes lentes et solennelles de l'acte authentique, elle ne pourra plus s'engager à la légère, sans réflexion et sans conseil[3]; les intérêts des créanciers qui, avertis par les registres hypothécaires, sauront si la femme qui déclare les subroger est encore en possession de ses droits ou s'en est déjà dessaisie.

Tous les effets funestes des anciens pactes de subrogation vont-ils donc être écartés par la loi nouvelle? Non sans doute; et si l'on a pu l'espérer un instant lors de l'ap-

[1] *Documents sur le rég. hypoth.*, t. II, p. 279, 329, 462, 473.

[2] *Ibid.*, p. 450.

[3] Une remarque importante, c'est que la loi impose la formalité de l'authenticité à la *veuve* comme à la femme mariée, ce qui, dans l'ensemble de notre droit où l'incapacité de la femme cesse avec le mariage, constitue une véritable anomalie.

parition de la loi, il a suffi de quelques années d'application et d'expérience pour rendre cette illusion impossible aujourd'hui. Malgré la garantie des formes authentiques, les intérêts de la femme vont rester encore en souffrance : car la loi n'a pris soin d'exiger ces formes que pour les subrogations ou les « renonciations transmissives; » elle a négligé de les prescrire pour les renonciations extinctives et pour les engagements personnels envers les créanciers du mari, et cependant ces renonciations et ces engagements ne sont pas moins ruineux pour la femme que les subrogations directes[1]. Malgré la mention de la subrogation sur des registres publics, les intérêts des créanciers vont être encore exposés à bien des périls ; d'après une pratique générale que la jurisprudence semble portée à consacrer[2], il suffit d'insérer cette mention dans le corps de l'inscription hypothécaire que le subrogé a prise de son chef. Dès lors l'inscription de la femme, dont la teneur reste intacte, n'est plus qu'un leurre et qu'un mensonge. Eh! comment celui à qui le conservateur certifiera qu'il n'existe aucune mention de subrogation en marge de l'hypothèque légale, pourrait-il s'imaginer qu'il y a des subrogations publiées ailleurs[3] ?

Quel sera donc le remède à tant d'abus? Faudra-t-il enfin extirper le mal dans sa racine, et frapper d'une prohibition inflexible tout engagement, toute transaction de la femme avec les créanciers du mari? On serait tenté de le penser, quand on considère tous les effets funestes que ces engagements entraînent après eux. Toutefois suspendons un instant encore notre jugement : nous venons de voir quels

[1] Mourlon, *Transcription hypothéc.*, n. 1015, 1105.

[2] Voy. Paris, 25 janvier 1851, 30 juin 1853, 30 août 1853 ; cpr. 27 février 1857 ; Bourges, 18 mars 1854; Orléans, 27 février 1857. — Voy. aussi le *Journal de l'enregistrement*, art. 16, 258, n. 2068; le *Contrôleur*, t. XXXVI, p. 444; le *Journal des conservateurs*, art. 1158, et l'article de M. Pont, *Revue critique de légist.*, t. IX, p. 97 et suiv.

[3] D'après la doctrine suivie par la jurisprudence, le créancier courrait un autre danger, celui de voir la créance de la femme à laquelle il est subrogé s'éteindre par confusion, compensation, etc. — Cassat., 30 avril 1849, Dev. 49, 1, 465.

sont les inconvénients du régime de liberté ; nous allons voir maintenant, en étudiant le régime dotal, quels sont ceux du système prohibitif. Ce n'est qu'après cette double expérience que nous pourrons porter sur les deux régimes un jugement éclairé et impartial.

IV.

Le régime de communauté est d'origine moderne, et l'antiquité païenne ne l'aurait sans doute jamais inventé[1]. Entre deux époux dont l'un était confiné par les mœurs dans son *atrium* ou son gynécée, et dont l'autre passait sa vie dans le forum ou l'*agora,* comment eût jamais pu s'établir cette association, cette collaboration civile que la communauté suppose? Comment une union que la facilité du divorce rendait si précaire, aurait-elle pu confondre à jamais les intérêts respectifs des deux époux et opérer ainsi dans leurs patrimoines un changement profond et irrévocable? Les anciens surent organiser, au contraire, un régime matrimonial parfaitement adapté et à la fragilité du lien conjugal et à l'incapacité de la femme, et ce régime, fait pour les mœurs païennes, mais doué de cette solidité à toute épreuve que le génie romain savait donner à ses œuvres, s'est conservé jusqu'au sein du christianisme et de la civilisation moderne : c'est notre régime dotal. Au lieu d'associer la femme au mari, le régime dotal la condamne à l'inaction ; au lieu de confondre les intérêts des deux époux, il les maintient soigneusement séparés. Il traite la dot comme un législateur défiant traite le patrimoine d'un incapable : pour empêcher qu'elle ne se perde, il la frappe d'immobilité. Quels que soient les changements survenus dans la fortune des époux, quelles que soient les vicissitudes de la vie conjugale, il faut que la dot se retrouve

[1] Cependant la *manus* antique n'est pas sans quelque affinité avec la communauté moderne. Voy. *suprà,* p. 120.

dans son intégrité primitive, tel est le principe, tel est le but du régime dotal.

Pour arriver à ce but, la loi romaine avait lié les mains et au mari et à la femme, car elle se défiait également et des abus du pouvoir chez le premier et des entraînements de la faiblesse chez la seconde. Pour le mari, elle avait réduit progressivement ses droits sur la dot à la mesure d'une administration limitée et d'une simple jouissance[1]; et quant à la femme, tout en lui attribuant les droits retirés au mari, elle avait eu soin d'en paralyser l'exercice entre ses mains.

Ce sont ces restrictions imposées à la femme qui doivent seules nous occuper ici. Tâchons d'en démêler le vrai caractère et recherchons par quels moyens la loi, tout en conférant à la femme sur les biens dotaux des droits de plus en plus étendus et à la fin un véritable domaine, a su frapper tous ces droits d'inertie et d'impuissance.

Le législateur qui se propose d'empêcher une personne de disposer de son bien, peut arriver à ce but par deux voies bien différentes. Il peut rendre la propriété inaliénable ou rendre le propriétaire incapable. Pour mieux assurer la conservation de la dot, la loi romaine a employé les deux moyens à la fois : elle a établi en même temps et l'inaliénabilité du bien dotal et l'incapacité de la femme mariée, deux prohibitions qui, comme on va le voir, se confondent en certains points et en d'autres se complètent. La première est écrite dans la loi Julia qui rend l'immeuble dotal inaliénable; la seconde résulte du sénatus-consulte Velléien et de l'authentique *si qua mulier,* qui déclarent la femme incapable d'intercéder pour son mari et même de s'engager conjointement avec lui.

Il est aisé de comprendre quels liens intimes unissent ces deux dispositions, qui concourent vers un but commun. Cette corrélation peut se démontrer par le raisonnement;

[1] Dans l'ensemble du droit romain je comprends ici le *droit écrit*, qui a suivi la direction que Théodose et Justinien avaient imprimée.

elle est de plus attestée par l'histoire. Le même législateur qui, le premier, établit l'inaliénabilité dotale, est aussi celui qui, le premier, défendit à la femme d'intercéder pour son mari[1]. Nées en même temps, ces deux lois partagèrent les mêmes destinées. Justinien qui, dans son code, rendit plus absolue l'inaliénabilité de la dot, rendit aussi plus étroite, dans ses novelles, l'incapacité de la femme mariée. Lorsque l'Empire s'écroula et que les peuples barbares se partagèrent les débris de ses institutions comme de son territoire, au milieu de cette espèce de démembrement général, deux institutions, la loi Julia et le sénatus-consulte Velléien, restèrent attachées et comme incorporées l'une à l'autre; dans toutes les législations modernes où la loi Julia parvint à s'introduire, le sénatus-consulte Velléien la suivit de près. Mais c'est en France surtout que ces deux lois montrèrent, dans les vicissitudes communes qu'elles eurent à traverser, combien leur union était étroite et indissoluble : toutes les provinces françaises où régnait la loi Julia restèrent obstinément attachées au sénatus-consulte Velléien, malgré les ordonnances qui l'abrogèrent; une seule province, le Lyonnais, essaya, tout en rejetant le sénatus-consulte, de conserver le principe de l'inaliénabilité; mais cet essai ne put réussir : la loi Julia, privée de l'appui du sénatus-consulte, ne tarda pas à le suivre dans sa chute, et à l'ordonnance de Henri IV qui avait affranchi la femme mariée en abrogeant le Velléien, dut succéder bientôt l'ordonnance de Louis XIV qui affranchit le fonds dotal en abrogeant la loi Julia[2].

Et maintenant, que sont devenues ces deux antiques institutions sous la loi qui nous régit aujourd'hui? Les liens si solides qui les liaient l'une à l'autre ont-ils été pour la première fois rompus par les rédacteurs de nos codes? Le

[1] Auguste. — Aujourd'hui encore, il n'est pas facile de démêler les dispositions de la loi Julia d'avec celles du sénatus-consulte. C'est M. Demangeat (*du Fonds dotal*, p. 215) qui a su le premier dissiper, sur ce point, la confusion de l'ancienne doctrine.

[2] Il importe de remarquer que l'ordonnance de 1664, qui abrogea la loi Julia, fut rendue *en interprétation* de l'ordonnance de 1606 qui avait abrogé le Velléien. Voy. *suprà*, p. 412.

code Napoléon, tout en laissant une place, dans notre législation moderne, à l'ancienne loi Julia, en a banni le sénatus-consulte Velléien. Mais la rupture n'est-elle pas plus apparente que réelle? en d'autres termes, l'inaliénabilité du fonds dotal, telle que le Code l'a organisée, n'implique-t-elle pas une certaine *incapacité personnelle* chez la femme mariée sous le régime dotal? Arrêtons-nous quelques instants sur cette question : elle tient au cœur même de notre sujet et vaut la peine d'être approfondie.

Une conséquence de la règle d'inaliénabilité que proclame une jurisprudence aussi persévérante qu'unanime, c'est que la femme ne peut engager sa dot, fût-elle mobilière, et que tous les engagements qu'elle contracte, seule ou avec son mari, sont sans effet et pour ainsi dire nuls en ce qui regarde les biens dotaux[1]. Partant de là, nous pouvons donner à la question que nous posions tout à l'heure une forme plus précise et l'énoncer en ces termes : Si l'engagement d'une femme dont les biens sont dotaux est inefficace, où donc est le vice qui s'oppose à son efficacité? Ce vice a-t-il son siége dans la personne même de la femme, dans un défaut d'intelligence ou de liberté de sa part? y a-t-il, en un mot, incapacité du débiteur? ou bien, au contraire, ce vice a-t-il son siége, non point dans la personne, mais dans la chose qui fait l'objet de l'obligation, dans la nature ou la destination de cette chose, et y a-t-il seulement inaliénabilité du patrimoine[2]?

L'examen de cette question, hâtons-nous de le dire, n'est pas une pure curiosité scientifique; les divers intérêts pratiques qui s'y rattachent sont aussi importants que variés.

[1] La femme ne peut, par la même raison, renoncer à son hypothèque ni y subroger. Cpr. décr. du 28 février 1852, art. 20; loi du 23 mars 1855, art. 9.

[2] * Voyez sur cette délicate question une dissertation de M. Deloynes, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, p. 541 ssq. Cf. Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, t. I, p. 515-527 (*femme mariée, incapacité contractuelle*); de Folleville, *De l'incapacité de s'obliger, stipulée dans un contrat de mariage;* Ch. Lyon-Caen, note dans Dev. 1878, II, 161; Vavasseur, *Revue critique*, 1878, p. 289; Challamel, *Revue critique*, 1880, p. 1; Cass., 22 déc. 1879, Dev. 80, 1, 125.

Signalons-les tout d'abord. Avant de faire notre choix pour l'une ou pour l'autre des deux solutions du problème, nous devons nous rendre un compte exact de toutes les conséquences pratiques que chacune d'elles entraîne à sa suite.

Admettons, pour un instant, la première de ces solutions, et raisonnons comme si la femme, en se plaçant sous le régime dotal, devenait *incapable de s'obliger*. Le vice des obligations qu'elle contracte, dirons-nous alors, est dans la source même d'où elles émanent, c'est-à-dire dans la volonté de la femme qui, dominée, on le présume, par les obsessions du mari, n'était point éclairée ni libre. C'est un vice originaire et de naissance, et pour savoir si l'obligation en est ou non infectée, c'est au moment où elle prend naissance que nous devons nous placer. Tel est le principe, et voici les conséquences pratiques qu'on en peut déduire.

1° L'obligation contractée par la femme pendant le mariage est nulle et demeurera nulle et inefficace, même après que le mariage sera dissous et que les biens dotaux seront redevenus libres. Eh ! comment une dette que la femme est censée n'avoir souscrite que sous la pression du pouvoir marital, pourrait-elle devenir efficace contre elle au jour de son veuvage ?

2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage est valable et demeurera valable, bien que la femme soumette ensuite son patrimoine au régime de la dotalité. Indépendante et pleinement capable au jour où elle s'est obligée, comment la femme pourrait-elle rompre elle-même le pacte qui la lie?

3° L'obligation de la femme, bien que née durant le mariage, est valable, si elle est née sans la volonté de la femme, par exemple si elle résulte d'un délit, d'un quasi-délit, de certains quasi-contrats. Le vice de l'obligation disparaît ici, puisque c'est dans la volonté de la femme que ce vice avait son siége.

4° La femme, une fois veuve, peut ratifier l'obligation qu'elle avait souscrite pendant son mariage et en couvrir ainsi la nullité. Il n'est plus permis de présumer que son

engagement a été extorqué ou surpris, lorsque, devenue indépendante et libre, elle déclare elle-même le contraire.

Telles sont les conséquences pratiques auxquelles on arrive infailliblement, lorsqu'on prend pour point de départ la doctrine de l'incapacité de la femme. Essayons maintenant, à son tour, de la doctrine contraire, celle de l'inaliénabilité de la dot; elle va nous conduire, sur tous ces points, à des conséquences diamétralement opposées.

L'obligation de la femme, dirons-nous en entrant un moment dans ce système, est en elle-même parfaitement valable; c'est seulement lorsqu'il s'agit de l'exécuter qu'elle rencontre un obstacle extérieur dans l'inaliénabilité des biens dotaux. Pour apprécier l'efficacité de l'obligation, nous devons donc nous placer, non point au moment où elle a pris naissance, mais au moment où l'on veut l'exécuter et où le créancier poursuit son paiement. Voilà le principe, en voici les conséquences.

1° L'obligation contractée par la femme durant le mariage devient efficace sitôt que le mariage est dissous : car le seul obstacle qui s'opposait aux poursuites du créancier, l'inaliénabilité du bien, son caractère dotal, a disparu avec le mariage.

2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage cesse d'être efficace dès que la femme, en se mariant, a soumis tous ses biens à la loi de la dotalité. Le créancier ne peut pas plus conserver son gage sur le bien que la femme a rendu dotal, que sur le bien aliéné par elle; car aliéner une chose ou rendre cette chose inaliénable, n'est-ce pas au fond le même acte? n'est-ce pas, dans les deux cas, exercer une fois pour toutes le droit qu'on a de disposer de son bien? Le seul droit qui puisse rester au créancier, quand une fois la débitrice a disposé de son bien en le rendant dotal, c'est celui que la loi accorde à tout créancier victime d'une aliénation frauduleuse, c'est une action révocatoire.

3° Nulle créance ne peut donc se poursuivre sur les biens dotaux, à quelque époque qu'elle remonte; ajoutons aussi, de quelque manière qu'elle ait pris naissance. Qu'elle

ait pour cause un contrat, un délit, un quasi-délit, peu importe. La loi fait-elle jamais de semblables distinctions, lorsqu'elle déclare des biens insaisissables? Est-ce que les vêtements du débiteur, son coucher, les provisions nécessaires à sa nourriture, cessent d'être insaisissables lorsque la créance résulte d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat? Or la loi a imprimé aux biens dotaux, gage sacré de la famille, le même caractère d'insaisissabilité.

4° Enfin, toute ratification, toute confirmation de la femme est évidemment inutile. Le vice de l'obligation n'étant pas dans la volonté du débiteur, ce n'est pas non plus dans sa volonté que peut être le remède.

Et maintenant que nous avons déterminé de part et d'autre tous les résultats pratiques des deux théories qui sont en balance, nous nous trouvons avoir fait un grand pas vers la solution définitive; car, sur toutes ces questions pratiques, la jurisprudence s'est déjà prononcée et voici quelles sont ses décisions.

1° L'obligation contractée par la femme pendant le mariage ne devient point efficace à la dissolution du mariage : quoique les biens aient cessé d'être dotaux et soient redevenus libres, le créancier ne peut les saisir[1].

2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage reste efficace après la célébration du mariage et l'adoption du régime dotal : quoique les biens soient devenus inaliénables, le créancier antérieur au mariage peut toujours les saisir[2].

3° L'obligation est valable et engage même les biens dotaux, lorsque la femme se trouve obligée sans sa volonté, par suite de son délit, de son quasi-délit, parfois même de son quasi-contrat[3].

4° Enfin, la nullité de l'obligation est purement relative et se peut couvrir par la ratification expresse ou tacite de la

[1] Cassat. (ch. réun.), 7 juin 1864, Dev. 64, 1, 201; Bordeaux, 23 mars 1865, Dev. 65, 2, 334.

[2] Art. 1558, 3°. Montpellier, 7 janv. 1830, Dev. 30, 2, 69.

[3] Cassat., 15 juin 1864, Dev. 64, 1, 363; Agen, 6 févr. 1865, Dev. 65, 2, 240.

femme, lorsque celle-ci est redevenue libre par la dissolution du mariage[1].

Il est aisé de résumer cette jurisprudence et d'en dégager le principe. Comme on le voit, c'est la doctrine de l'incapacité personnelle de la femme qui a triomphé sur toute la ligne : aucun arrêt ne la formule, mais tous la présupposent; car de toutes les conséquences pratiques de cette doctrine que nous avons énumérées, il n'en est pas une seule que les tribunaux ne soient venus consacrer.

Et cette doctrine n'est-elle pas, en effet, la mieux appropriée aux besoins de la pratique et la plus conforme à la nature même des choses? Si l'on recherche quel est le vrai fondement de cet ensemble de priviléges et d'exceptions au droit commun qu'on appelle le régime dotal, que trouve-t-on? Est-ce une affectation des biens dotaux à quelque destination exceptionnelle? Nullement : la dot a, sous ce régime, la même destination, la même nature que sous tous les autres; la même définition juridique lui est applicable. Le trait distinctif du régime dotal n'est donc point dans la destination de la dot, il est uniquement dans la situation de la femme, dans le rôle que la loi lui attribue au sein du ménage, en un mot dans son incapacité. Au lieu de devenir, comme sous notre régime nuptial de droit commun, l'associée libre et active du mari, la femme, sous le régime romain de la dotalité, est aujourd'hui encore ce qu'elle était dans la société antique, séparée d'intérêts d'avec son mari et retenus par les liens d'une incapacité personnelle dans l'isolement et l'inaction. Variété de situation étrange sans doute, sous une loi qui se pique d'être uniforme, mais répondant peut-être à des besoins réels. La capacité naturelle de la femme et l'état de dépendance où le mariage va la placer, varient, en effet, suivant son âge, son éducation, son caractère; les dangers de l'influence maritale qu'elle va subir, varient aussi souvent le caractère de l'homme qu'elle choisit pour époux. Qui peut être juge de toutes ces circons-

[1] Cpr. Bordeaux, 20 déc. 1832, Dev. 33, 2, 279.

tances? Ce sont les deux familles qui s'allient : c'est à leur prudence que la loi confie le règlement de ce contrat si grave qui va devenir, comme on l'a dit, « la charte du foyer domestique[1]. » Il se peut que l'inexpérience de la jeune fille, que les habitudes dissipées du jeune homme inspirent aux parents des inquiétudes sur l'avenir du nouveau ménage. La loi comprend cette sollicitude, elle se prête aux vœux de ces familles défiantes; c'est pour elles qu'elle a organisé le régime dotal, cette espèce de régime préventif qui, pour abriter la dot, frappe le mari d'impuissance et l'épouse d'incapacité. La femme qui accepte un pareil régime, est censée confesser sa propre incapacité naturelle et appeler au secours de sa faiblesse la protection de la loi. Le régime dotal est donc aujourd'hui encore ce qu'il a été dans tous les temps, un secours offert à la faiblesse de la femme, *fragilitati uxoris, mariti seductionibus facite deceptæ et propria negligentis jura*[2]. En un mot, l'interdiction d'aliéner le bien dotal n'est au fond qu'une règle de capacité.

Puisque ce principe est constant, il faut en accepter jusqu'au bout toutes les conséquences. En voici quelques-unes qui méritent d'être notées.

1° L'obligation qu'a contractée la femme durant le mariage, étant nulle dans son principe, reste nulle même après le décès de la femme. Non-seulement ses héritiers directs, mais même ses héritiers collatéraux, peuvent se prévaloir de cette nullité, et profiter ainsi d'un privilége qui n'a pas été établi en leur faveur[3].

2° Cette obligation reste inefficace, même dans le cas où la femme ou ses héritiers, après la dissolution du mariage, viendraient à échanger les biens qui composaient la dot contre des biens nouveaux. Mais ces biens nouveaux, dira-t-on peut-être, n'ont jamais été dotaux : comment donc la

[1] Troplong, *Traité du contrat de mariage*, t. I, p. 11.

[2] *L. unic.*, § 15, C. V., 13; nov. 61, c. 1, § 2.

[3] Paris, 16 janv. 1858, Dev. 58, 2, 502; *contrà* Bordeaux, 23 mars 1865, Dev, 65, 2, 334.

loi du régime dotal pourrait-elle les atteindre? Ces biens ne sont point inaliénables sans doute; puisqu'ils ne sont point dotaux; mais de ce qu'ils peuvent être aliénés, est-ce une raison pour qu'ils puissent être saisis en vertu d'un titre nul? Or, tel est le titre qu'a pu conférer la femme lorsqu'elle était en état d'incapacité. Et si vous décidez le contraire, vous rendez impossible, en fait, la vente ou l'échange des biens qui formaient la dot; puisque vendre ou échanger ces biens ce serait en réalité en abandonner gratuitement la valeur à des créanciers dépourvus de titre efficace; c'est donc vous qui faites peser la loi de l'inaliénabilité sur des biens qui doivent en être affranchis[1].

3° L'obligation souscrite durant le mariage par une femme qui a constitué tous ses biens en dot, est nulle, même à l'égard de ceux qui viendraient à lui échoir après la dissolution du mariage. S'il en était autrement, les garanties du régime dotal deviendraient souvent illusoires, la prévoyance des parents qui les stipulent serait souvent déjouée. En stipulant pour leur fille la dotalité de ses biens présents et à venir, son père et sa mère ont voulu empêcher que leur succession future ne devînt un jour la proie des créanciers du mari; or, s'ils viennent à mourir seulement après la dissolution du mariage, faut-il que leur vœu soit trompé? faut-il que les dettes du mari, imprudemment cautionnées par la femme viennent dévorer leur succession[2].

4° Enfin, l'obligation contractée par la femme relativement à son bien dotal est nulle, même en ce qui concerne son bien paraphernal. La femme, il est vrai, n'est plus incapable quand il s'agit de ses biens paraphernaux : comme ils sont placés, en quelque sorte, en dehors du patrimoine du ménage, la femme, dans le maniement de ces biens, est censée jouir d'une certaine liberté d'action. Mais il n'en est plus de même lorsqu'elle veut s'immiscer dans la gestion de la dot : ici, le mari règne en maître, la femme n'est plus

[1] J'emprunte ces observations, ainsi que beaucoup d'autres, à une dissertation de M. Labbé, *Revue crit. de législ.*, t. IX, p. 1 et suiv.

[2] Voy. sur ce point un article de M. Demolombe, *Revue de législ.*, t. II, p. 282.

libre et tout ce qu'elle fait est sans valeur. La jurisprudence a consacré ce principe, lorsque, se conformant aux traditions du droit romain et du droit écrit[1], elle a refusé, à celui qui avait acheté le fonds dotal sous la garantie de la femme, toute action sur les biens paraphernaux[2].

On excusera, j'espère, la longueur de cette dissertation juridique; car on peut, si je ne me trompe, en dégager un fait d'une haute importance : c'est la persistance secrète du sénatus-consulte Velléien jusque dans notre législation moderne. Qu'est-ce, en effet, que cette incapacité de la femme sous le régime dotal, si ce n'est l'ancienne incapacité romaine, la défense d'intercéder pour le mari jointe à la présomption que tout engagement n'est qu'une intercession en sa faveur? Sans doute, le sénatus-consulte Velléien a disparu de nos codes; le nouveau législateur a cru l'abroger; il a cru pouvoir, tout en consacrant l'ancien principe de la loi Julia, rompre les liens qui de tout temps avaient uni cette loi au sénatus-consulte; mais ces liens étaient trop forts; en dépit des rédacteurs du Code, le principe de l'incapacité velléienne s'est glissé dans notre jurisprudence furtivement, sous le manteau de l'inaliénabilité dotale; et, après cette dernière expérience législative, nous pouvons, je crois, conclure avec certitude qu'il n'y a pas d'inaliénabilité dotale possible sans le sénatus-consulte Velléien.

Telle est la place, cachée et en quelque sorte usurpée, qu'occupe le sénatus-consulte Velléien au sein de nos institutions modernes. Quelle est celle qu'il devrait occuper en bonne législation? Cette question va faire l'objet du dernier chapitre de cette étude.

[1] Nov. 61, c. 1, §§ 1, 2 et 4.

[2] Cpr. Riom, 12 août 1844, Dev. 44, 2, 592; Agen, 17 juill. 1848, Dev. 48, 2, 602; Cassat., 20 juin 1853, Dev. 54, 1, 5.

CHAPITRE IV.

CRITIQUE ET CONCLUSION.

Nous touchons au terme de nos recherches. Nous avons suivi, à travers toutes ses vicissitudes, ce long progrès des mœurs et des lois qui a fait sortir la femme du plus abject esclavage pour l'élever lentement jusqu'aux confins de l'égalité civile. Nous savons quelles limites légales circonscrivent aujourd'hui la capacité du sexe chez la plupart des nations civilisées. Il nous reste encore à tirer de tous ces faits un principe et de tous ces exemples un enseignement. Il nous reste à rechercher quelle est enfin la solution juste et vraie de ce problème tant de fois posé et si diversement résolu : la capacité civile de s'obliger doit-elle être égale pour les deux sexes?

Pour donner à cette question, peut-être trop abstraite et trop générale, une forme plus précise et une direction plus pratique, nous ne saurions mieux faire que de la renfermer dans les termes mêmes du programme académique : convient-il de rétablir, dans la législation qui nous régit aujourd'hui, les prohibitions du sénatus-consulte Velléien?

La question ainsi posée se décompose en deux éléments divers. Le sénatus-consulte établit, en effet, par une seule disposition, deux incapacités bien différentes, et par les principes d'où elles découlent, et par les suites qu'elles entraînent : une incapacité en quelque sorte *sociale,* qui ne permet pas à la femme d'intercéder pour un étranger, et une incapacité purement *domestique,* qui ne permet pas à l'épouse d'intercéder pour son mari. Nous allons donc toucher successivement, et par un de leurs côtés les plus délicats,

aux deux grands problèmes législatifs sur la condition des femmes : quelle doit être la capacité de la femme dans la société? quelle doit être sa capacité dans la famille? Cette division, que la nature du sujet nous commande, correspond d'ailleurs exactement à celle que nous venons de suivre dans le précédent chapitre.

I.

Le sénatus-consulte Velléien a été longtemps célébré, dans l'école des anciens légistes, comme une loi pleine de sagesse. Il y a dans cet éloge quelque chose de plus que ce tribut banal qu'on payait jadis à toute disposition légale inscrite dans les Pandectes, et notre sénatus-consulte, si je ne me trompe, a, sous certains rapports, des titres spéciaux à l'estime des jurisconsultes éclairés. On reconnaît, en effet, la haute sagesse de la loi romaine, dans ces restrictions et ces précautions toutes particulières qu'elle a pris soin d'accumuler autour d'un contrat aussi périlleux que le cautionnement[1]. Peut-être le législateur moderne a-t-il montré moins de prévoyance, lorsque, après avoir entouré le contrat de donation de tant de formalités protectrices, il en a laissé le contrat de cautionnement si entièrement dépourvu. Si le cautionnement n'est point une donation, dans le sens juridique du mot, n'est-ce pas, en fait, un service aussi gratuit et souvent aussi onéreux pour la caution qu'une libéralité directe? Il y a même, à plusieurs points de vue, bien plus de dangers dans le cautionnement que dans la donation proprement dite. D'abord, on s'y décide plus aisément : tout vous y entraîne, et la situation malheureuse du débiteur qui vous sollicite, et l'espoir décevant de lui rendre un service qui ne vous coûtera rien. Ensuite les conséquences en sont, à certains égards, plus rigoureuses : les droits

[1] Le Velléien se rattache, sous ce rapport, aux lois *Furia, Cornelia, Publilia.*

du créancier que l'on garantit contre la perte de sa créance, ne se prêtent pas aux mêmes tempéraments que ceux du donataire que l'on gratifie : la loi peut exiger du donataire qu'il use de ménagements vis-à-vis de son bienfaiteur; mais elle ne peut interdire les voies de rigueur à un créancier qui ne fait après tout que réclamer son dû. Si elle se hasardait à le faire, elle dépouillerait par là le cautionnement de tous les avantages qu'il présente, et ce contrat aurait cessé d'être un instrument utile de crédit personnel le jour où le législateur, animé pour la caution d'une bienveillance mal entendue, aurait entravé ou énervé l'action du créancier [1]. Si la loi ne peut secourir la caution en tempérant les effets de son engagement, comment donc viendra-t-elle à son secours, si ce n'est en entourant de précautions et de garanties particulières la formation même d'un contrat si hasardeux.

Mais ne nous arrêtons pas plus longtemps sur ces considérations qui n'ont pour nos recherches qu'une médiocre importance. Elles nous expliquent fort bien, sans doute, pourquoi le sénatus-consulte Velléien a fait du cautionnement l'objet d'une prévision spéciale, mais elles ne sauraient nullement nous expliquer pourquoi cette loi, distinguant entre les deux sexes, a frappé l'un d'une incapacité dont l'autre demeurait affranchi. Or c'est en cela que le Velléien présente, de nos jours encore, un vaste et fécond sujet d'études, et c'est désormais à ce point de vue que nous allons essayer de l'apprécier.

Portons tout d'abord la question sur le terrain des principes. C'est l'honneur de la science juridique de chercher avant tout, non pas ce qui est le plus expédient et le plus utile, mais ce qui est juste et droit. Une loi qui dénie à la femme, en tout ou en partie, la capacité de s'obliger, est-elle conforme, oui ou non, aux principes élémentaires de la justice? C'est ce qu'il faut tout d'abord examiner.

[1] A quelles restrictions, par exemple, la loi n'a-t-elle pas dû soumettre le bénéfice de discussion!

Il est un principe longtemps méconnu, mais hautement proclamé par la science contemporaine, c'est qu'il n'est pas au pouvoir du législateur de dénier à un être humain le libre exercice des facultés dont l'a doué la nature, pourvu qu'il en fasse un honnête usage. La loi positive méconnaît ce principe lorsqu'elle ferme à la femme telle ou telle avenue dans le vaste champ du commerce et des transactions civiles. Elle viole les principes et se contredit elle-même lorsque, après avoir reconnu à la femme le titre et les droits de propriétaire, elle la dépouille de son crédit, qui est un des avantages légitimes et un des éléments essentiels de sa propriété. On répondra peut-être que les femmes n'ont point à se plaindre, car, si la loi les prive de leur crédit, c'est précisément par intérêt pour elles et de crainte qu'elles n'en abusent à leur propre détriment. Loin de nous ce détestable sophisme à l'aide duquel on a justifié tous les esclavages? Ce n'est pas seulement un droit, c'est un devoir pour chaque homme de tirer le meilleur parti possible de toutes les forces physiques ou morales dont Dieu l'a doué, et les lois qui le condamnent à laisser quelqu'une de ces forces inerte et stérile, sont toujours, quelque prétexte qui les colore, des lois injustes et funestes.

S'il en est ainsi de toute prohibition légale qui porte atteinte à la capacité naturelle d'une personne, que dirons-nous d'une loi qui, restreignant la capacité de s'obliger, relève le débiteur d'une obligation qu'il a volontairement et librement contractée? Certes, s'il est un principe élémentaire dans toute société civile, c'est celui qui commande à tout débiteur d'être fidèle à sa parole et de payer sa dette. Ce principe sacré, grâce au sénatus-consulte Velléien, n'existe plus pour la femme : libre à elle de se jouer de sa promesse et de déchirer l'acte qu'elle vient de souscrire ; c'est la loi même qui l'y autorise et l'y invite. C'est qu'il est possible, dit-on, que la femme ait été trompée, que son engagement ait été arraché à sa faiblesse ou surpris à son inexpérience. Système fort logique et fort moral en vérité, qui, de crainte que le créancier n'ait pu parfois tromper sa

débitrice, autorise la débitrice à tromper toujours son créancier!

Toute incapacité légale est donc un mal, mais elle est parfois, j'en conviens, un mal nécessaire. Si un homme est frappé d'aliénation mentale, si un père ou une mère, enlevé par une mort précoce, laisse un enfant trop jeune encore pour jouir lui-même de son bien, il y a là un accident et comme un désordre de la nature que la loi doit réparer autant qu'il est en elle en couvrant d'une incapacité protectrice le pupille ou l'interdit. Mais faudra-t-il traiter la femme, ne fût-ce que dans certains contrats, comme un enfant ou un insensé? Il est bien des juristes qui le prétendent. Écoutons leurs raisons.

Je trouve dans un auteur du XVI^e^ siècle un résumé fort exact et assez curieux de tous les chefs d'accusation portés par les juristes contre les femmes : « Entre les mauvaises conditions que les femmes ont, dit notre auteur[1], je trouve en droit qu'elles ont neuf mauvaises conditions. Premièrement, une femme, de sa propre nature, procure son dommage, comme il est écrit en la loy 4, *C. de spons.* Secondement, les femmes, de leur propre nature, si sont très-avares. *C. de don. ant. nup., L. si a sponso.* Tiercement, leurs volontés si sont très-soudaines. *C. de inoff. test., L. filia.* Quartement, femmes de leur propre volonté sont mauvaises. *D. de off. proc. et leg., L. observ.* Quintement, elles sont jongleresses de leur propre nature. *L. 1, de postul.,* qui parle d'une femme, laquelle était appelée Calphurnia, à laquelle la babillée pourroit assez être comparée. De rechief, femmes sont réputées d'être fausses, et pourtant selon droit civil une femme ne peut pas être reçue en témoin au testament. *Inst. de testam.* § *testes.* De rechief, une femme fait toujours le contraire de ce qu'on luy commande faire, *juxta illud : Semper prompta rei quæ prohibetur ei. Ext. de mat. cont. int.* De rechief, les femmes si allèguent volontiers et racon-

[1] *Le songe de Verger,* liv. I, ch. CXLVII. — J'emprunte cette citation à l'ouvrage de M. Laboulaye, *Recherches sur la condition des femmes,* p. 460.

tent leur propre vitupère et honte. *Extra de divor. cap. ex litteris.* De rechief, elles sont cautes et malicieuses, et pour ce dit une loy que chacun doit être content s'il peut départir de leur contraire sans perte et sans gain. *De jure dotium, L. quoties.* Et pourtant Monseigneur saint Augustin disoit que la femme est une beste qui n'est pas ferme ni estable, elle est hayneuse à la confusion de son mari, elle est nourrissante de mauvaiseté, et si est commencement de tous plaids et de toutes tensons, et si trouve voye et chemin de toute iniquité. » Si j'ai pris la peine de citer jusqu'au bout cette ridicule diatribe, c'est qu'elle est l'expression fidèle d'un préjugé universel chez les légistes depuis l'antiquité jusqu'au XVII^e^ siècle, et que ces vieilles lois d'incapacité dont les femmes, aujourd'hui encore, ne sont qu'imparfaitement affranchies, n'ont pas, après tout, d'autre fondement rationnel que des arguments de la force de ceux qu'on vient de lire. Les exposer tout au long et sous leur forme la plus naïve, n'est-ce pas la meilleure manière d'en faire justice?

Les juristes modernes, sans doute, ne disent plus que la femme est une « beste haineuse et nourrissante de mauvaiseté; » s'ils refusent encore aux femmes l'exercice de certains droits civils, c'est qu'elles sont, assurent-ils, sans connaissance du droit et sans expérience des affaires. Elles ignorent le droit, j'en conviens; mais l'ignorent-elles plus que ces millions de citoyens français qui, à la honte de notre civilisation, n'ont jamais mis le pied dans une école? et faudra-t-il exiger, pour condition de la capacité civile, la garantie, souvent, hélas! bien illusoire, d'un diplôme universitaire? Les femmes, je le veux encore, n'ont pas l'expérience des affaires; mais à qui la faute, si ce n'est à ceux qui leur interdisent de s'en mêler? Si la capacité civile ne devait venir qu'après l'expérience des affaires, à quel âge l'homme lui-même pourrait-il enfin sortir de minorité?

Qu'on cesse donc d'invoquer la faiblesse et l'inexpérience de la femme et de dire que c'est dans son intérêt qu'on la prive de ses droits. Aussi n'est-ce point là, nous l'avons

reconnu nous-même[1], qu'il faut chercher les causes historiques du sénatus-consulte Velléien. Les causes en sont bien plutôt dans un intérêt de morale et d'ordre public, et c'est à ce nouveau point de vue que nous devons maintenant le considérer.

Commençons par faire à ces exigences de morale publique une part légitime. C'est dans l'intérêt de l'ordre et des bonnes mœurs que tous les législateurs ont, comme d'un commun accord, refusé à la femme toute participation aux droits politiques. De tout temps, l'instinct des peuples a senti que la femme, en sortant de l'ombre et de la paix du foyer pour s'exposer au grand jour et aux agitations de la place publique, perdrait quelque chose du charme qu'elle exerce et du respect dont elle est l'objet. La thèse de l'égalité politique des deux sexes, soutenue naguère encore par un publiciste dont le talent égale la témérité[2], n'est aujourd'hui et ne sera peut-être jamais qu'un brillant paradoxe. Aussi n'est-ce point de cela qu'il est question; que la loi renferme la femme dans le cercle de la vie privée, j'y consens; mais que du moins, dans cette humble sphère, elle la laisse libre et active. Si elle va plus loin, si elle la frappe d'incapacité et d'impuissance jusque dans ses relations civiles, alors, loin de protéger la moralité publique, elle lui devient funeste : en apprenant à l'homme à ne voir dans sa compagne qu'un être d'une nature inférieure, incapable ou indigne de s'associer à lui dans les actes les plus sérieux et les intérêts les plus graves de son existence, la loi flétrit au cœur de l'homme ce sentiment de respect pour la femme, qui est la source pure et féconde où s'alimentent les vertus privées et les mœurs publiques. L'histoire tout entière en fait foi : à chaque pas nouveau qu'a fait la femme vers l'égalité civile, l'on a vu les mœurs publiques s'épurer ou s'adoucir.

Puisque l'on allègue l'intérêt public, je l'invoquerai à mon tour, et après avoir réclamé la liberté civile du sexe au

[1] Voy. *suprà*, p. 153 et suiv.

[2] J. Stuart Mill, *Gouvernement représentatif*, ch. VIII.

nom de la justice et du droit, je la réclamerai encore au nom des intérêts économiques et de l'utilité sociale. Pense-t-on que la société, qui ne peut s'enrichir et prospérer que par les efforts combinés de tous ses membres, trouve son compte à frapper quelques-uns d'entre eux d'impuissance et d'inertie? Le préjudice qu'elle en éprouve infailliblement est même plus profond qu'il ne paraît à première vue. Car il n'est pas au pouvoir d'un législateur quelconque de paralyser et de supprimer chez aucun homme son activité naturelle, pas plus qu'il n'est en son pouvoir de changer la nature humaine; ce que le législateur peut faire, c'est de transformer une activité licite et utile en une activité illicite et nuisible, et c'est ce qu'il fait chaque fois qu'il déclare incapable d'agir celui qui en est capable de sa nature. Par là, il ne supprime pas l'activité sociale de l'incapable, il la pervertit : aux transactions honnêtes, il substitue les transactions coupables; au commerce loyal et fécond, la fraude et les procès, et d'un instrument de richesse et d'harmonie, il fait un instrument de ruine et de désordre. Le mal est moins grand, sans doute, lorsque l'incapacité légale n'est qu'une exception rare ou passagère, comme celle de l'interdit ou du pupille ; il est moins grand aussi lorsque l'incapacité est tellement absolue que l'incapable, retranché pour ainsi dire du milieu social, est hors d'état d'y porter le trouble. Mais le mal est à son comble lorsque cette incapacité atteint des propriétaires mêlés d'intérêts à toutes les transactions civiles et qu'en même temps elle embrasse toute une moitié de la société.

Mais j'exagère peut-être; j'oublie qu'il ne s'agit point d'une incapacité générale, mais tout simplement du sénatus-consulte Velléien, qui, loin d'interdire aux femmes de gérer leurs propres affaires, leur défend seulement d'intercéder, c'est-à-dire de s'engager pour les affaires d'autrui. Y a-t-il encore place, dans une incapacité si restreinte, pour tous les dangers que je signalais tout à l'heure? C'est ce qu'il faut examiner de plus près.

Ai-je besoin de rappeler, une fois encore, que la femme

intercède, toutes les fois que, en contractant un engagement quelconque, elle agit, non pas dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt d'autrui? Tel est l'acte que notre loi prohibe. Or il est facile à la loi de frapper des actes dont le vice est dans la forme extérieure, par exemple une hypothèque dont l'inscription est irrégulière; mais il lui est difficile et presque impossible d'atteindre ceux dont le vice se cache dans l'intention et l'arrière-pensée de l'un des contractants. Qu'est-ce qu'une intercession, et à quel signe la reconnaître? Sauf le cautionnement en forme, rien n'est intercession en apparence, tout peut être intercession en réalité : un emprunt, un billet, une lettre de change, une constitution d'hypothèque, une vente. Défendre à la femme d'intercéder, c'est rendre tous ses contrats susceptibles d'un vice secret, suspects, attaquables. Tel était le danger de la loi romaine, et c'est en cherchant à y échapper que la jurisprudence faisait cesser l'application du sénatus-consulte toutes les fois que la femme avait trompé le créancier; mais le créancier avait-il été trompé ou non? telle était la question, toujours plus ou moins douteuse, qui planait sur la plupart des contrats passés par la femme; tout dépendait le plus souvent des incertitudes d'un point de fait et des chances trompeuses d'un procès, et il n'y avait de sûreté, ni pour les tiers que le sénatus-consulte menaçait toujours, ni pour la femme à qui la protection du sénatus-consulte pouvait toujours faire défaut.

Aussi la jurisprudence fut-elle obligée d'inventer contre de tels abus un remède plus efficace; si efficace, il est vrai, qu'il n'allait à rien moins qu'à faire du sénatus-consulte une lettre morte : ce remède, ce fut la faculté ouverte à la femme d'échapper à sa propre incapacité par une simple renonciation. Grâce à cet expédient commode et qui devint bientôt d'un usage universel, cette antique loi n'a plus conservé qu'une autorité nominale et pour ainsi dire une mention honorifique dans les diverses législations européennes qui relèvent du droit romain. Nous pouvons donc invoquer contre le sénatus-consulte Velléien une autorité plus haute que

celle des nombreux jurisconsultes qui l'ont condamné et des nombreux législateurs qui l'ont rayé de leurs codes : c'est la protestation unanime et persistante de tous les peuples, qui, partout où le sénatus-consulte a figuré dans les lois, l'ont aboli en fait par la pratique universelle des renonciations.

Il faut discerner, dans ce fait significatif, une cause plus profonde que les vices particuliers d'une loi ambiguë et défectueuse. Toutes les lois qui, comme le Velléien, ont créé, en dehors des rapports domestiques, des inégalités civiles entre les deux sexes, ont péri ou doivent périr comme lui. Ou le témoignagne de l'histoire est sans autorité et les enseignements du passé sont sans valeur, ou nous sommes forcés de reconnaître, en arrivant au terme de ces recherches et en mesurant du regard le chemin parcouru, que l'égalisation graduelle des deux sexes, dans l'ordre civil, est l'une des grandes lois du progrès social. C'est lentement et par degrés que les bienfaits de la loi civile, d'abord concentrés sur quelques privilégiés, sont enfin devenus, comme l'air et la lumière, la propriété commune de tous les êtres humains. Ce n'est qu'après de longues résistances que la cité a peu à peu ouvert ses murs à l'étranger, à l'esclave, au serf, au vilain. L'aristocratie du sexe, comme on l'a spirituellement appelée, ne peut tarder, dans tous les pays où elle règne encore, à succomber à son tour, Ici, comme dans toutes les réformes législatives, le droit commercial a été l'avant-coureur du droit civil, et sa marche hardie et rapide a frayé la voie où le droit commun n'a osé s'engager que plus tard. L'émancipation de la femme commerçante est déjà un fait accompli, là même où les vieilles incapacités du sexe survivent encore dans la loi commune. Exempte du sénatus-consulte Velléien, exempte de la tutelle perpétuelle, dans tous les pays où ces institutions règnent encore, peu s'en faut que la femme commerçante ne voie plier devant ses privilèges la seule autorité dont le progrès du droit moderne ne l'affranchira point, la puissance maritale[1].

[1] « L'état de marchande publique, sous certains rapports, soustrait la femme à la puissance maritale. » Demante, *Cours analyt.*, t. I, n. 302.

Mais je touche ici à un point plus délicat, la capacité de la femme dans le mariage. Si la femme doit être libre et indépendante dans la société civile, doit-elle être, peut-elle être libre et indépendante dans son ménage? S'il faut lui permettre de s'engager pour une dette étrangère, ne faut-il pas lui défendre de s'engager pour la dette de son mari? C'est ici que les difficultés commencent.

II.

De tout temps, depuis Justinien, la loi s'est armée contre l'intercession de la femme d'une sévérité toute spéciale, lorsque cette intercession a lieu dans l'intérêt du mari. S'il est vrai que le cautionnement soit, comme je le montrais tout à l'heure, un contrat dangereux entre tous, combien ses dangers ne s'aggravent-ils pas encore lorsque la caution et le débiteur principal sont unis l'un à l'autre par les liens étroits du mariage! Toutes les garanties que la loi prodigue à la caution dans les cas ordinaires, font alors défaut. La loi a soin d'armer le fidéjusseur d'actions et de recours aussi prompts qu'énergiques contre le principal obligé; mais contre un mari, la femme sera toujours désarmée. Voulez-vous qu'elle aille l'assigner en justice, qu'elle envoie l'huissier saisir ses meubles? Toutes ces poursuites seraient souvent impossibles en droit, elles seraient toujours impossibles en fait. La femme, en cas pareil, n'a qu'un seul remède, mais un remède héroïque, ruineux pour son mari, compromettant pour elle-même : c'est la demande en séparation de biens. Si elle recule devant une mesure trop souvent désastreuse pour le ménage, il lui faut alors, après avoir payé de ses deniers les dettes de son mari, attendre, durant un temps indéfini, le jour de son remboursement : car ce jour ne viendra qu'après la dissolution du mariage, qui souvent n'aura lieu que par sa mort. Ce n'est donc pas sans raison que la législation romaine, à la prohibition générale du sénatus-consulte Velléien, a

ajouté la sanction spéciale et plus sévère de l'authentique *si qua mulier* contre les intercessions entre époux. Mais si une telle interdiction a paru nécessaire dans l'ancienne Rome, bien que toute autorisation maritale y fût inconnue, ne sera-t-elle pas bien plus nécessaire dans une loi comme la nôtre, qui place la femme dans la dépendance et sous la tutelle de son mari? et le législateur moderne ne commettrait-il pas la plus grave imprudence si, après avoir prescrit à la femme de n'agir que sur l'ordre de son mari et de n'avoir d'autre volonté que la sienne, il la laissait libre d'engager pour lui toute sa fortune?

La question spéciale qui nous occupe est dominée, comme on le voit, par une question plus vaste et plus haute, celle de la puissance maritale. C'est la puissance maritale elle-même, c'est son utilité et sa justice que nous devons mettre en cause. La question, ainsi posée, pourrait paraître étrange et presque malséante si je ne me hâtais de l'expliquer. Il y a dans la suprématie du mari deux éléments bien distincts, l'élément moral et l'élément juridique. Que la femme doive être soumise à l'homme qui est tenu de la protéger, c'est là un principe de morale[1] consacré par le consentement de tous les peuples, un de ces axiomes primordiaux qui sont au-dessus de toute attaque. Mais que la femme ne puisse faire un acte juridique sans l'autorisation formelle du mari, ce n'est plus là qu'un règlement de droit positif qui, loin d'être universellement admis, n'a jamais pu trouver place dans cette loi si sage et si complète qu'on a appelée la *raison écrite*[2]. A ce dernier point de vue, il est permis, il est utile de soumettre l'institution de la puissance maritale au creuset d'une critique indépendante, et c'est ce que je voudrais essayer.

[1] Ce principe, il est vrai, est écrit dans la loi (art. 213); mais il n'en est pas moins, à nos yeux, un pur principe de morale. La jurisprudence a toujours plus ou moins répugné à donner à ce précepte la sanction d'une contrainte légale (voy., par exemple, Nîmes, 20 février 1862, Dev. 63, 1, 492), et elle aurait dû, à mon avis, s'y refuser absolument.

[2] Bretonnier, *sur Argou*, liv. III, ch. XLVIII : « Dans les parlements de droit écrit, l'autorisation du mari est hors d'œuvre. »

Je commence par constater un fait qui paraîtrait peut-être difficile à croire, si toutes les recherches historiques qui précèdent n'étaient venues l'attester par avance : c'est que les législations où l'autorité maritale est le plus largement établie, sont précisément celles où la femme jouit en somme de la capacité la plus complète et des droits les plus étendus. Ce fait remarquable est à lui seul la justification la plus éclatante de l'institution qui nous occupe. Étudions-le de près : il nous paraîtra aussi naturel et aussi logique, après un examen attentif, qu'il a pu nous paraître étrange au premier abord.

Si nous jetons un coup d'œil général sur l'ensemble de cette étude, nous pourrons aisément discerner, au travers des nombreuses variations que la condition de l'épouse a subies, trois grandes phases successives. Dans la première, la femme vendue au mari passait, non pas sous son autorité ni sous sa tutelle, mais plutôt dans son patrimoine : durant cette ère barbare, pas de dot, pas de régime nuptial, pas d'autorisation maritale possible; le mari est tout, la femme rien. Dans la seconde période, celle de la civilisation antique, l'épouse, récemment affranchie, vient de naître à la vie civile et ne jouit encore que d'une demi-capacité; pour protéger son indépendance encore mal affermie, la loi a soin d'élever des barrières entre elle et son ancien maître : elle relâche le lien du mariage, elle établit dans le régime dotal et paraphernal une séparation d'intérêts entre les deux époux; ici encore pas d'autorisation maritale possible : la femme s'en trouve affranchie par son incapacité même, qui lui interdit toute communauté d'action avec son mari. Tel est le régime de l'antiquité païenne ; tout autre est celui du christianisme et des temps modernes : la femme, sous ce régime nouveau, n'est plus asservie à son mari comme aux temps barbares; elle n'est plus séparée d'avec lui comme sous la civilisation antique : des liens aussi étroits qu'indissolubles unissent les deux époux; leurs fortunes sont associées, leurs intérêts ne font plus qu'un. Tout étant commun dans le ménage, il ne saurait y avoir,

comme sous la dotalité romaine, deux actions, deux volontés séparées et indépendantes l'une de l'autre. La femme est désormais admise à collaborer avec le chef du ménage, elle ne peut donc plus agir malgré lui ni sans lui. Là est la vraie origine de l'autorisation maritale : la femme s'y est trouvée soumise le jour où, affranchie des incapacités de la loi antique, elle est enfin devenue, dans le sens le plus élevé du mot, la compagne et l'associée du mari.

Aussi sont-ce les pays de communauté qui, les premiers, ont fait de l'autorité maritale une institution civile. Introduite plus tard dans les pays dotaux à la faveur des idées chrétiennes, elle n'y a pénétré qu'avec lenteur et n'y a prévalu que de nos jours[1]. C'est dans le Nord qu'elle a pris naissance, comme la communauté dont elle est sœur, et peut-être ces deux belles institutions n'eussent-elles jamais vu le jour dans ces régions du Midi où la civilisation antique resta confinée. Là, sous un heureux climat, le citoyen passait sa vie sur la place publique, tandis que la femme, enchaînée par la religion et les lois à la garde du foyer, ne pouvait prendre part ni aux occupations de l'homme ni à ses plaisirs. Mais quand la civilisation, poursuivant son cours, vint briller enfin sur ces froides contrées du Nord, que l'antiquité avait crues vouées par la nature à une éternelle barbarie, les mœurs, les arts, les lois, tout revêtit, sous ces nouveaux climats, une forme jusqu'alors inconnue. À la vie publique de l'*agora* et du forum dut succéder, sous un ciel moins clément, l'intimité de la vie privée. La femme ne demeura plus seule au foyer : l'homme, retenu sous son toit, vint partager avec elle et ses travaux et ses loisirs. Dès lors, les intérêts et les affections domestiques prirent une plus grande place dans la vie et dans l'âme humaine. Des sentiments inconnus à l'antiquité classique ouvrirent aux lettres et aux arts de nouveaux horizons : le peintre en Hol-

[1] « De coutume, disait Jean des Mares (*décision* 35), la femme est en puissance de son mary, autrement est de droit escrit. » — Aujourd'hui encore, l'application des principes de la puissance maritale aux biens extra dotaux de la femme est pleine de difficultés.

lande, le romancier en Angleterre, surent pénétrer dans l'ombre du foyer et en révéler pour la première fois la poésie intime et cachée. Fidèles images des mœurs comme les lettres et les arts, les lois civiles devaient subir une révolution analogue : elles devaient, elles aussi, devenir domestiques. Issues de cette transformation, la communauté et l'autorité maritale sont les deux plus grandes institutions civiles qu'aient fondées les sociétés modernes.

C'est donc se méprendre étrangement que de réclamer, au nom du progrès, la suppression de l'autorité maritale. Mais, si vous la supprimez, il vous faudra alors en revenir aux mœurs païennes, il vous faudra rompre toute communion d'intérêts entre les époux et exclure la femme de toute participation aux affaires du ménage, à moins pourtant que vous ne préfériez encore renverser les rôles et donner à la femme la suprématie : c'est ce qui se pratique, au dire de certains voyageurs, dans quelques îles de l'Océanie; il faut ajouter seulement que les habitants de ces îles ignorent le mariage, qu'ils s'accouplent comme les bêtes d'un troupeau, et qu'ils mangent leurs prisonniers, quand ils ne se mangent pas entre eux.

Mais, si le principe même de l'autorisation maritale est au-dessus de la controverse, des difficultés et des doutes sérieux s'élèvent sur la forme et le règlement de cette institution. Elle peut revêtir, en effet, et a revêtu tour à tour, dans les législations positives, deux formes bien différentes. L'on peut en faire, ou un secours au profit de la femme incapable, ou un instrument d'autorité entre les mains du mari; et suivant qu'on l'aura destinée à l'un ou à l'autre de ces emplois, cette formalité devra recevoir une organisation toute différente. Destinée à protéger l'incapacité de la femme, l'autorisation du mari devra être spéciale : le mari devra dicter à la femme chacune des clauses du contrat; elle devra être constante : si, par quelque accident, l'assistance du mari devenait impossible, l'assistance du juge devrait y suppléer; elle devra être requise à peine de nullité, et cette nullité pourra être demandée par la femme elle-même;

enfin elle devra être déclarée insuffisante toutes les fois que le contrat sera dans l'intérêt du mari lui-même : *Nemo potest esse auctor in rem suam.* Mais vous arriverez sur tous ces points à des solutions diamétralement opposées, si vous posez en principe que la capacité naturelle est complète chez la femme comme chez l'homme, et que l'autorisation maritale n'est qu'une arme aux mains du chef du ménage. Dès lors, plus d'autorisation spéciale : le mari pourra s'en rapporter à la prudence de sa femme et lui permettre de contracter comme elle l'entendra; plus d'autorisation supplétive de la justice : en cas d'absence ou d'incapacité du mari, la femme prendra elle-même la direction des affaires communes; plus d'action en nullité au profit de la femme; enfin plus d'incapacité pour la femme de contracter dans l'intérêt de son mari ou avec lui.

Et maintenant, de ces deux systèmes, quel est celui du Code Napoléon? Nous le savons déjà : entre ces deux doctrines, si logiques l'une et l'autre, mais si nettement opposées, le Code a suivi une ligne indécise. Inclinant d'abord vers le premier système, celui de l'incapacité de la femme, il veut que l'autorisation soit spéciale, que le contrôle de la justice remplace au besoin celui du mari incapable, que la femme non autorisée puisse elle-même agir en nullité. Puis, tournant brusquement vers la doctrine contraire, il laisse la femme libre, en général, de contracter avec son mari sans aucun contrôle, sans aucune autorisation. En statuant ainsi, les rédacteurs du Code, qu'on me permette de le dire, n'ont pas seulement manqué de logique; ils ont manqué, ce qui est plus grave et de leur part plus surprenant, d'esprit pratique et de prévoyance. Assurément, s'il est un cas où nos législateurs devaient croire à la faiblesse et à l'impuissance de la femme, c'est le cas où la femme a ses intérêts à défendre contre son mari lui-même; je concevrais encore qu'ils l'eussent jugée capable de résister à l'influence du mari, s'ils avaient eu soin de lui laisser dans le ménage une certaine mesure d'indépendance et d'activité personnelle et de l'habituer ainsi à connaître ses intérêts et à les

défendre. Mais qu'ont-ils fait? Ils ont traité la femme mariée en pupille, ils ont fait peser sur elle une double tutelle, celle du mari et celle de la justice, ils l'ont habituée à ne voir et à n'agir jamais que par les yeux et la main d'un maître; et puis, au jour du péril, quand ce maître et ce protecteur s'est changé pour elle en un adversaire, ils lui ont soudain retiré leur appui et l'ont laissée pour la première fois seule et sans défense! Jamais, il faut en convenir, les habiles rédacteurs du Code n'avaient appliqué plus maladroitement leur procédé habituel d'éclectisme. C'est que, en effet, tout compromis, tout moyen terme est impossible, en présence des deux systèmes absolus et contradictoires que j'exposais tout à l'heure. La femme mariée est-elle incapable ou capable? L'autorisation maritale n'est-elle qu'un moyen de suppléer à son incapacité, ou n'a-t-elle pour but que d'imprimer l'unité de direction et de vues au gouvernement du ménage? Il faut opter franchement pour un principe ou pour l'autre et en accepter sans réserve toutes les conséquences.

Notre choix ne saurait être douteux. Nous nous sommes déjà longuement expliqué sur la prétendue incapacité naturelle du sexe. Capable la veille du mariage, la femme ne devient point incapable le lendemain. On dit vulgairement que le mariage émancipe : il serait bizarre de retourner ce vieil adage, et de dire que le mariage met la femme en tutelle. Et cependant on l'a prétendu : la capacité d'une femme est suffisante, a-t-on dit, pour qu'on puisse lui permettre d'agir tant qu'elle est fille, car alors ses actes ne concernent qu'elle-même; mais sa capacité devient insuffisante si elle se marie, car dès lors ses actes ne l'intéressent plus seule : en se nuisant à elle-même, elle nuit aussi au ménage et à ses enfants. Mais, si l'on s'engage dans cette voie, il faudra la suivre jusqu'au bout : il faudra déclarer la femme incapable, non-seulement durant son mariage, mais aussi durant son veuvage; il faudra charger le pouvoir judiciaire de remplacer, dans le contrôle des intérêts du ménage, non-seulement le mari absent, incapable ou in-

digne, mais aussi le mari défunt. Ira-t-on jusque-là? Ce système aurait du moins, il faut en convenir, le mérite de la nouveauté, car tous les législateurs jusqu'à ce jour, on a déjà pu s'en convaincre, ont reconnu à la veuve une capacité au moins égale, très souvent supérieure à celle de la femme non mariée. Si l'on remonte, par exemple, jusqu'aux premières sources de notre droit, jusqu'aux lois des Barbares, on les verra, après avoir soumis la femme au *mundium* perpétuel, doter parfois la veuve d'une capacité exceptionnelle. Ces lois, souvent si sages sous leurs formes grossières, tout en refusant à la femme en général la capacité civile, n'avaient pas cru devoir la refuser à celle qui a, pour s'éclairer, l'expérience des choses de la vie et les inspirations de l'amour maternel.

Il faut donc le reconnaître, la capacité naturelle de la femme, loin d'être amoindrie, ne peut qu'être accrue par le mariage. Mais en acceptant ce principe, nous sommes contraints d'en accepter aussi toutes les conséquences; elles ne vont à rien moins, on le sait, qu'à introduire, dans les dispositions du Code Napoléon sur l'autorisation maritale, trois modifications importantes : 1° supprimer la spécialité de l'autorisation; 2° affranchir de toute autorisation la femme dont le mari est absent ou incapable; 3° priver la femme qui a traité sans autorisation de l'action en nullité, et n'accorder cette action qu'au mari. Nous avons justifié le principe en lui-même; cherchons maintenant à justifier les conséquences qui en découlent.

Et d'abord les trois réformes que j'indique paraîtront, j'espère, moins audacieuses, si l'on veut bien remarquer qu'elles ne sont point, à vrai dire, des innovations, mais bien plutôt un retour aux plus pures traditions de notre ancienne jurisprudence, à la doctrine professée par les premiers fondateurs de notre droit, depuis Beaumanoir jusqu'à Coquille. Si l'on commença à se départir au XVI^e^ siècle de cette saine doctrine, ce fut grâce à l'influence des romanistes, qui dénaturèrent l'autorisation maritale, en cherchant à accommoder aux principes de la loi romaine une

institution que les Romains n'avaient jamais connue. Du moins étaient-ils conséquents avec eux-mêmes; l'incapacité de la femme, à leurs yeux, n'était point un état passager et intermittent, elle était inhérente au sexe, et, fidèles à ce principe, ils accordaient à la fille et à la veuve la restitution et le bénéfice du Velléien. Si ces principes romains ne peuvent plus être les nôtres, si nous ne pouvons plus croire aujourd'hui, comme dans l'ancienne Rome, à la fragilité et à l'imbécillité du sexe, revenons alors résolûment au droit « qui nous est foncier, » comme disaient nos anciens légistes, au droit de nos vieilles coutumes, au droit de Coquille et de Beaumanoir.

Ces réformes, d'ailleurs, ne répondraient pas moins aux besoins de la pratique qu'aux exigences logiques de la théorie. N'y aurait-il pas utilité évidente à ce qu'un mari, appelé par ses affaires à de lointains voyages, pût en partant laisser à sa femme, par une autorisation générale, le pouvoir d'acheter ou de vendre, suivant les besoins du ménage, et de régler, suivant les circonstances, les clauses d'un contrat? La nécessité d'une intervention incessante de la justice, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, ne devient-elle pas souvent, pour le ménage privé de son chef, un surcroît d'embarras et d'entraves? et n'y a-t-il pas une contradiction flagrante à ce que la femme, tutrice de son mari interdit ou gérant la communauté pour son mari absent, jouisse de droits plus étendus sur les biens de son mari ou sur les biens de la communauté qu'elle n'en a sur ses biens propres[1]? Enfin, n'est-il pas contraire aux notions les plus élémentaires de la justice de permettre à une femme, qui a contracté librement et en pleine connais-

[1] La femme peut, dans le premier cas, exercer tous les droits d'une tutrice (art. 507); au second cas, la jurisprudence lui accorde tous les droits d'un envoyé en possession provisoire. Orléans, 22 novembre 1850, Dev. 51, 2, 553. — Or, un tuteur peut intenter *seul* les actions mobilières (art. 464) et un envoyé en possession provisoire peut intenter *seul* même les actions immobilières. Douai, 28 nov. 1853. Dev., 54, 2, 431. — La femme, dans ces deux cas, pourra donc exercer *seule* les actions de son mari ou de la communauté, et ne pourra exercer ses propres actions qu'avec l'autorisation de la justice.

sance de cause, d'attaquer elle-même son contrat, sous prétexte que son mari ne l'a pas autorisée ou ne l'a autorisée qu'après coup? La femme, j'en conviens, pourra dire au créancier : Vous avez commis une insigne imprudence. Mais un tel langage, tenu à celui qu'on trompe et qu'on dépouille, ressemble trop à une mauvaise plaisanterie, et je ne crois pas qu'un tribunal pût l'entendre sans gémir sur l'iniquité de la loi.

De toutes les conséquences du système qui conserve à la femme sa capacité jusque sous la puissance maritale, il en est une seule que je ne puis accepter sans quelque hésitation : c'est précisément celle que le Code a admise, la faculté laissée à la femme de s'obliger pour son mari, ou, en général, de contracter avec lui. Toutefois, les dangers si graves que cette faculté présente sous le régime du Code, disparaîtraient en grande partie dans le système que j'ai exposé : si la femme n'était plus traitée en pupille, si elle pouvait suppléer, au besoin, le chef du ménage et acquérir ainsi l'expérience des affaires, elle ne serait plus livrée sans défense à toutes les entreprises d'un mari convoiteux de son bien. Et si, malgré cela, la liberté des cautionnements et des contrats entre époux présente encore des dangers sérieux, il est un autre remède que le Code lui-même nous fournit.

Ce remède est dans le contrat de mariage. Si le Code n'a pas défendu à la femme de s'obliger pour son mari, s'il n'a pas rétabli, d'une manière générale, la prohibition de l'authentique *si qua mulier,* il a autorisé les époux et leurs familles à les rétablir pour leur compte dans leur contrat matrimonial; il les a laissés libres de se placer, à leur choix et suivant les circonstances, sous un régime de liberté ou sous un régime de prohibition, sous le régime de communauté ou sous le régime dotal. Cette espèce de compromis, par lequel le législateur a abandonné à toutes les incertitudes des transactions privées une question d'inaliénabilité et d'incapacité, c'est-à-dire une question d'ordre public, a été l'objet de bien des critiques; les attaques se sont portées

tour à tour contre le régime de communauté et contre le régime dotal. Nous allons les suivre sur ce double terrain.

III.

La condition légale de la femme sous le régime de communauté paraît présenter, au premier aspect, de singulières incohérences. Le législateur semble d'abord vouloir traiter la femme en personne incapable : il la munit d'une hypothèque légale, la jugeant sans doute inhabile à prendre ses sûretés elle-même; il fait plus, il dispense cette hypothèque d'inscription, privilége exorbitant que l'incapacité du créancier semble seule pouvoir justifier; il fait plus encore, il défend à la femme de se dépouiller des sûretés qui doivent la protéger contre elle-même et d'abdiquer tout ou partie de ses droits hypothécaires. Mais bientôt, par un brusque retour, il rend à la femme d'une main tout ce qu'il lui a retiré de l'autre : après l'avoir jugée impuissante à défendre elle-même ses droits contre son mari, il la laisse libre de lui sacrifier ces mêmes droits en s'obligeant pour lui; après lui avoir interdit de consentir à la perte ou à la diminution de ses droits hypothécaires, il lui permet, ce qui est bien plus grave, de livrer cette arme redoutable de l'hypothèque aux mains mêmes de ses adversaires. A quoi bon dès lors, a-t-on dit de toutes parts, tout ce mécanisme compliqué de précautions et de garanties qui ne sont plus qu'une entrave et qu'un piége pour tous sans être une sûreté pour personne? A quoi bon enfermer la femme dans un cercle de prohibitions et de barrières infranchissables en apparence, si vous lui mettez dans les mains une clef pour les ouvrir? De deux choses l'une : ou toutes ces sûretés légales sont inutiles, et alors faites-les disparaître, qu'elles cessent d'être un embarras pour le commerce; ou elles sont bonnes à quelque chose, mais alors qu'elles cessent d'être illusoires, hâtez-vous de les affermir!

D'après les uns, l'hypothèque légale de la femme, avec tous les priviléges dont elle est munie, répugne à l'essence même du régime de communauté et est incompatible avec lui[1]. Créée par Rome, issue du régime dotal, l'hypothèque légale est si profondément inhérente à la dotalité romaine qu'elle ne saurait en être séparée. La même loi qui condamnait les femmes à l'inaction et à l'impuissance, devait se montrer active et prévoyante pour elles et établir le privilége là où elle avait établi l'incapacité; la même loi qui excluait l'épouse de toute collaboration avec le mari, qui rendait la dot immobile et en empêchait l'accroissement, devait aussi en empêcher la perte et en assurer la conservation. Tel était le régime dotal. Mais, sous un régime qui l'émancipe et l'appelle à une libre activité, la femme ne peut plus conserver les priviléges d'une incapable; sous un régime qui l'associe au mari et qui lui permet de s'enrichir avec lui, la femme ne peut plus être garantie contre les chances de perte : la mauvaise comme la bonne fortune, tout doit être commun entre les deux époux. En un mot, l'incapacité de la femme sous le régime dotal, tel est l'unique fondement rationnel de l'hypothèque légale : cette incapacité supprimée, l'hypothèque légale n'est plus qu'un contre-sens en théorie, elle n'est plus qu'une déception et qu'un piége dans la pratique. N'en a-t-on pas déjà fait l'expérience? Une jurisprudence d'un demi-siècle ne nous a-t-elle pas montré, mieux que tous les raisonnements, ce que deviennent les bienfaits de l'hypothèque légale pour une femme qu'on laisse libre de s'obliger et d'aliéner? Que fait alors la femme? La première chose qu'elle aliène, c'est son hypothèque légale elle-même; et cette hypothèque légale une fois aliénée, une fois transférée aux créanciers du mari, au lieu de la protéger se tourne contre elle : sans l'hypothèque, la femme aurait du moins concouru avec les autres créanciers du mari sur un pied d'égalité; grâce aux

[1] M. Wolowski a indiqué ce point de vue, dans un travail qui, malheureusement, est resté inachevé. *Rev. de législ.*, t. XXV, *De la société conjugale.*

inégalités créées par l'hypothèque, c'est le plus souvent la femme elle-même qui est exclue.

Effrayés de ces dangers, d'autres jurisconsultes en plus grand nombre[1] cherchent le salut par une voie tout opposée. Oui, disent-ils, l'incapacité de la femme est le complément logique et indispensable des sûretés hypothécaires dont elle est munie ; mais s'il en est ainsi, ce n'est point de ses sûretés que nous devons la dépouiller, c'est bien plutôt son incapacité qu'il faut établir, disons mieux, qu'il faut reconnaître. Car cette incapacité existe en fait, elle est une suite inévitable de la suprématie du mari ; elle existe sous tous les régimes nuptiaux, et s'il en est un entre tous sous lequel l'action de l'influence maritale soit plus puissante et plus irrésistible, c'est précisément le régime de communauté. Plus un régime nuptial rapproche la femme du mari, plus il la soumet à son influence. Le régime dotal, du moins, sépare les intérêts des deux époux, et crée pour la femme, dans la jouissance de sa fortune paraphernale, une sphère d'action isolée et indépendante. Mais sous un régime qui identifie les intérêts des deux époux, qui ne fait, pour ainsi dire, qu'un seul patrimoine et qu'une seule personne de leurs deux personnes et de leurs deux patrimoines, la femme pourra-t-elle jamais avoir, dans toutes les transactions de la vie civile, une autre volonté, une autre pensée que celle du chef de la communauté? Si vous voulez que la communauté conjugale soit ce qu'elle doit être, l'association de deux êtres libres et non pas l'absorption du plus faible par le plus fort, donnez donc à la femme des garanties, et, puisqu'il le faut pour rendre ces garanties efficaces, joignez-y l'incapacité. Faites que la femme soit incapable de céder son hypothèque ou d'y subroger, qu'elle soit incapable de cautionner son mari ou de s'obliger avec lui ; prohibez ces actes, ou du moins gardez-vous de les permettre sans le contrôle d'une autorisation judiciaire.

Entre ces deux partis extrêmes, la voie la plus sage, j'a-

[1] Voy. notamment les *Observations de la Faculté de droit de Paris* dans les *Documents sur le Rég. hyp.*, t. II, p. 443 et suiv.

jouterai même la plus logique, est, à mes yeux, dans la ligne intermédiaire que nos législateurs ont suivie. La femme mariée en communauté, dans le système mixte et complexe de notre Code civil, se présente sous un double aspect : la loi l'entoure de protections et de priviléges, et en même temps elle la déclare capable et indépendante ; elle l'investit de toutes les sûretés hypothécaires possibles, et en même temps elle la laisse libre de renoncer à toutes ces sûretés. Combinaison bizarre, contradictoire en apparence, mais au fond, je le répète, fort juste et fort logique. Que, dans les dispositions de détail qui réglementent, soit l'hypothèque légale de la femme, soit les actes de cession ou de subrogation à cette hypothèque, la loi actuelle donne souvent prise à la critique, nul ne saurait le méconnaître. Mais je néglige pour le moment cette critique de détails qui m'entraînerait dans des digressions et des redites. Je m'en tiens aux deux principes essentiels qui régissent la condition de la femme en communauté, et qui peuvent se résumer en ces deux mots : protection, liberté. J'espère prouver que ces deux principes, loin de s'exclure et de se nuire, se soutiennent et se complètent l'un l'autre.

Il est évident tout d'abord que la femme ne pourra jamais, quelque liberté d'action que la loi lui accorde, procéder contre son mari devenu son débiteur aux mesures que la prudence commande vis-à-vis d'un débiteur ordinaire : elle rencontrera toujours un obstacle invincible, et cet obstacle, c'est la communauté elle-même. Pour parvenir à la liquidation et au recouvrement effectifs de sa créance, il faudrait que la femme rompît l'association conjugale, qu'elle déchirât de ses mains le pacte nuptial ; il faudrait, en un mot, qu'elle demandât la séparation de biens. Pour ne pas la réduire à cette dure extrémité, la loi devait garantir à la femme la sécurité dans l'inaction : c'est ce qu'elle a fait en établissant l'hypothèque légale, qui est ainsi l'un des plus solides fondements de la stabilité dans les ménages et de la paix au sein des familles.

Là n'est cependant pas, à mes yeux, l'utilité spéciale que

présente l'hypothèque de la femme sous le régime de communauté. Si l'hypothèque légale est particulièrement indispensable sous un tel régime, c'est qu'elle peut seule rétablir, dans la société des deux époux, cette égalité, ou tout au moins cet équilibre, qui est le principe fondamental de toute association civile. L'association conjugale serait la plus inique des sociétés, elle serait, suivant l'expression des légistes, une société léonine, si le même acte, qui confère au mari avec le titre de chef de communauté un droit sur tous les biens de la femme, ne donnait à la femme en retour, dans l'hypothèque légale, un droit sur tous les immeubles du mari. Ce droit pour la femme est de la nature, j'oserais presque dire de l'essence du régime de communauté. Ceci n'est point une hypothèse théorique, c'est une vérité d'expérience, qui peut invoquer pour elle le témoignage de l'histoire. Toutes les législations, depuis les plus savantes jusqu'aux plus barbares, qui ont établi la communauté matrimoniale, ont accordé à la femme un droit quelconque sur les biens propres du mari. Ce droit, dans nos anciennes lois françaises, c'était le douaire légal, le douaire dont les destinées sont si étroitement liées à celles de la communauté que les origines de ces deux institutions semblent presque se confondre. Affectés au douaire, les biens du mari ne pouvaient plus être donnés, vendus, engagés, sans le consentement de la femme; et, si l'on parcourt les volumineux recueils de chartes et de diplômes que la science des bénédictins nous a laissés, l'on ne trouvera pas, je crois, un seul acte de quelque importance, passé par un homme marié, sans l'intervention de sa femme et son contre-seing.

Le douaire a disparu de nos codes, et, sous certains rapports, sa disparition a laissé dans la loi actuelle de regrettables lacunes; mais sous le rapport qui nous occupe, le douaire a reçu de nos jours une sorte d'équivalent dans l'hypothèque légale. Grevés de l'hypothèque, les biens du mari sont, dès le jour du mariage, assujettis au droit de la femme comme lorsqu'ils étaient grevés du douaire. Le mari, aujourd'hui encore, a besoin du concours de sa femme chaque

fois qu'il vend, qu'il hypothèque ou qu'il s'oblige; les tiers avec qui il traite ne manquent jamais d'exiger ce concours : il est utile aux créanciers dont le gage pourrait, sans cela, être absorbé par les reprises dotales; il est utile aux acheteurs pour les décharger des formalités de la purge légale et les prémunir contre les dangers d'une surenchère. Il y a plus encore : grâce à la jurisprudence actuelle qui a fort sagement étendu l'hypothèque légale jusque sur les conquêts de la communauté, le mari, en fait, ne peut plus disposer seul des biens communs : ici encore, il est sans cesse obligé de solliciter l'intervention de sa femme. Aussi, si l'on veut bien comparer ces collections de vieilles chartes dont je parlais tout à l'heure avec les recueils de notre jurisprudence moderne, l'on y verra que la pratique, à cet égard, n'a point changé depuis les origines de la communauté jusqu'à nos jours : de nos jours comme au moyen âge, les deux époux en communauté, dans tous les actes importants de la vie civile, stipulent ou s'engagent *en commun;* de même que la femme n'agit jamais sans l'autorisation de son mari, le mari, de son côté, n'agit presque jamais sans le concours de sa femme; la collaboration est incessante entre les deux associés.

Que l'on me permette de dire ici toute ma pensée. Elle fera sourire, je le crains, la plupart des praticiens et des légistes; je la dirai cependant, car ma conviction est sérieuse et profonde. Cette participation assidue de la femme au gouvernement du ménage, que l'on a coutume de représenter comme un abus et comme un danger, j'ose la réclamer, au contraire, au nom de la justice et au nom de l'intérêt des familles. Elle est juste, car elle est la réalisation la plus complète, dans la sphère des intérêts civils, de cette union intime et sans réserve, de ce *consortium omnis vitæ,* qui, au dire de l'antiquité païenne elle-même, fait l'essence du mariage. Elle est utile autant que juste, et l'intérêt des enfants sera, quoi qu'on en dise, bien plus sûrement garanti lorsque, dans toutes les décisions qui pourraient compromettre leur fortune à venir, le père devra faire appel aux conseils,

moins éclairés peut-être, mais peut-être aussi plus dévoués de l'affection maternelle. Souvent la prudence plus timide de la femme saura retenir le mari sur la pente glissante de la spéculation et de l'entreprise; souvent la prodigalité d'un père de famille rencontrera, dans la résistance d'une mère, un frein à la fois plus souple et plus puissant que ces entraves légales qui, sous le régime dotal, sont trop souvent un jouet pour la fraude et un piège pour la bonne foi. Que l'on ne m'accuse pas d'oublier, en parlant ainsi, que les aptitudes de l'homme ne sont point celles de la femme, et que la Providence, dans la répartition de ses dons, a assigné aux deux sexes des lots, sinon très inégaux du moins très divers. C'est précisément à cause de cette diversité que l'homme peut et doit trouver chez la femme ce qui lui manque à lui-même, et que les intérêts domestiques seront mieux garantis si, au lieu d'être l'affaire exclusive du chef du ménage, ils sont l'affaire commune des deux époux.

Si l'on se place à ce point de vue, l'hypothèque légale de la femme se présente sous un aspect tout nouveau. Au lieu d'être, comme sous le régime dotal, la protection qui abrite un être incapable et passif, elle devient, entre les mains de la femme mariée en communauté, un puissant moyen d'action et d'influence. Mais, qu'on le remarque bien, si elle procure à la femme ces avantages, c'est précisément parce que la femme est libre de l'aliéner et d'en disposer à son gré. Ceux qui demandent qu'on lui retire cette faculté, s'écartent des vrais principes de notre communauté coutumière, et vont tous verser, par une pente irrésistible, dans la dotalité romaine.

Si vous voulez, en effet, empêcher la femme de compromettre son avoir dans les entreprises de son mari, vous ne vous bornerez pas à lui défendre de céder son hypothèque ou d'y subroger; vous lui défendrez encore de s'engager envers les créanciers du mari, car cet engagement, on l'a déjà vu, impliquerait une subrogation tacite; vous lui défendrez de contracter un engagement quelconque, car son engagement ne serait le plus souvent qu'une intercession au

profit du mari; vous lui défendrez même de vendre, car, en vendant comme en empruntant, ce serait son avoir qu'elle ferait passer entre les mains du mari, qui, comme chef de la communauté, toucherait seul le prix de la vente. Vous serez entraîné plus loin encore : une fois que vous aurez frappé la femme en communauté de toutes les incapacités qu'elle subit sous le régime dotal, une fois que vous l'aurez exclue, comme sous ce régime, de toute participation aux affaires du ménage, pourrez-vous la traiter encore comme associée, lui donner une part des profits auxquels elle n'a point contribué, lui faire supporter une part des pertes dont le mari seul est responsable? Non, sans doute! si vous rendez la femme incapable et impuissante, la logique vous condamne à rendre la dot immobile et immuable, c'est-à-dire à rétablir le régime dotal dans toute sa rigueur et à faire de ce régime exorbitant le régime de droit commun.

Ira-t-on jusque-là? acceptera-t-on toutes ces conséquences? Pour en faire mieux sentir encore toute la gravité, il ne nous reste plus qu'à examiner un instant le régime dotal en lui-même, et à en peser les avantages et les abus.

IV.

Le sénatus-consulte Velléien, je l'ai déjà montré dans le précédent chapitre, est le complément indispensable du régime dotal : impossible d'assurer la conservation de la dot sans frapper la femme dotée d'une véritable incapacité personnelle. Cela est si vrai, que l'incapacité velléienne, après avoir été solennellement bannie de nos lois, y est rentrée subrepticement sous le couvert de l'inaliénabilité dotale. C'est là son suprême asile, c'est le dernier et le plus solide retranchement derrière lequel se rallie aujourd'hui tout ce qui lui reste de défenseurs. L'on a successivement abandonné les autres positions, trop difficiles à défendre : on ne réclame plus l'incapacité velléienne comme une loi

générale pour tout le sexe; on a même cessé de la réclamer comme une loi absolue pour toutes les femmes mariées. Mais si la prohibition du sénatus-consulte ne peut plus être de nos jours une loi absolue et générale, laissez-la du moins subsister, nous dit-on, comme une clause facultative dans les contrats nuptiaux; ne refusez pas au père de famille cette satisfaction si légitime, de pouvoir assurer, par un régime dotal rigoureux, l'avenir de sa fille et celui de ses petits-enfants.

En se plaçant sur ce terrain nouveau, le sénatus-consulte Velléien, il faut en convenir, a su se mettre à couvert contre les attaques les plus pressantes. Il ne se présente plus comme un bénéfice *personnel,* qui protége la faiblesse, l'inexpérience de la femme; il n'est plus qu'une sorte de garantie *réelle,* qui assure et renforce l'inaliénabilité de la dot. Envisagé à ce point de vue, il n'implique chez la femme aucune incapacité naturelle, pas plus que les substitutions ou les lois sur la réserve successorale ne supposent une incapacité naturelle chez le grevé ou le testateur : l'incapacité de la personne n'est que la conséquence et la garantie nécessaire de l'inaliénabilité de la chose. Ce n'est donc plus désormais la capacité civile du sexe que nous avons à défendre, c'est sur le terrain de l'inaliénabilité dotale que le débat se transporte et se circonscrit.

Le régime dotal (je laisse d'abord parler ses défenseurs) n'est point, quoi qu'on en dise, une dérogation arbitraire et accidentelle aux principes généraux du droit commun. Il n'est, au contraire, que l'expression d'une loi générale et permanente qui, sous des formes variées, s'est imposée à tous les siècles et à tous les peuples, la loi de la conservation des biens dans les familles. Tous les législateurs ont senti le besoin d'établir, à côté de cette richesse mobile qui, entraînée dans les fluctuations du commerce, circule, se transforme, périt et renaît incessamment, un patrimoine stable et durable, une sorte de réserve pour les générations futures. De là les lois sur les légitimes et les réserves successorales, sur les retraits lignagers, sur les substitutions et les majorats; de là enfin le régime dotal. Sous ces manifes-

tations diverses, il faut reconnaître une loi identique, universelle, et qui, dès les premiers âges, présidait à la formation des sociétés humaines. J'en ai déjà donné les preuves dans les premières pages de cette étude. La propriété de famille a précédé, dans l'ordre historique, la propriété individuelle. L'homme n'a renoncé à la vie nomade, il n'a commencé à se fixer sur le sol, à bâtir sa demeure et à planter son champ, que le jour où, fondant une famille, il a pu espérer se survivre à lui-même et perpétuer en quelque sorte son existence terrestre dans une suite de descendants. Seul, réduit à lui-même, eût-il jamais songé à s'approprier ce coin de terre sur lequel il ne faisait que passer et où l'empreinte de son rapide passage devait s'effacer après lui? On retrouve cette pensée dans toutes les législations primitives : la terre n'était point alors ce qu'elle est devenue depuis, un objet de commerce, une valeur vénale qui doit circuler de mains en mains; tout ce que l'homme connaissait de plus vénérable et de plus saint, était attaché à sa terre : c'est là que reposaient ses ancêtres, là qu'habitaient ses dieux pénates; son premier devoir était de transmettre à ses descendants ce dépôt sacré qu'il avait reçu de ses aïeux [1]. Plus tard, il est vrai, les progrès du commerce, la complication croissante des rapports sociaux, vinrent altérer la simplicité de ces antiques lois, et l'on vit le droit individuel du propriétaire se dégager lentement et par degrés du droit collectif de la famille. La faculté de vendre son héritage fut introduite d'abord, celle de tester vint ensuite. Ainsi le droit de la famille a reculé graduellement pour faire place au progrès de la liberté civile, mais il n'a jamais disparu, il ne pouvait disparaître, et si jamais la loi lui refusait une juste consécration, la constitution même de la famille serait ébranlée dans sa base.

[1] Platon, *De Leg.*, XI (éd. Didot, II, p. 468) : « Amis, qui n'êtes ici-bas que pour un jour, est-ce à vous qu'il appartient de régler ce que deviendront vos richesses? Moi, législateur, je vous déclare que vous n'êtes les maîtres ni de vos richesses ni de vous-mêmes; vous et vos biens, vous appartenez à votre race, c'est-à-dire à vos ancêtres et à votre postérité. »

Aussi presque tous les législateurs modernes ont-ils eu soin d'assurer, par des institutions diverses, la conservation des biens patrimoniaux. L'État romain a ses substitutions illimitées; l'Espagne a ses majorats; l'Autriche, la Prusse, la Bavière, tous les États allemands, ont leurs pactes de famille; la Russie a le retrait lignager; l'Angleterre a, dans ses *fiefs taillés*, un système de substitutions qui, bien que temporaires, se renouvellent à chaque génération, se renouant les unes aux autres par un enchaînement continu et indéfini. Chez tous ces peuples, l'expérience des siècles a justifié (c'est du moins ce que l'on prétend) ces institutions protectrices : dans l'ordre matériel comme dans l'ordre moral, elles ont été fécondes en bienfaits. En consolidant les familles, elles ont consolidé les États eux-mêmes. Tandis qu'ailleurs l'on a vu le sol se morceler et se réduire en poussière sous l'action dissolvante du commerce, ces institutions ont maintenu l'intégrité des grands domaines, favorisé le développement de la grande culture, et créé ainsi, à côté de la richesse flottante, un élément de fortune publique plus stable et moins fragile. Elles ont créé en outre, ce qui est plus précieux encore, à côté de cette population mobile qui, moins attachée au sol, est peut-être par cela même moins attachée à la patrie, un fonds de population sédentaire où se conservent, avec les domaines patrimoniaux, le culte des traditions domestiques et l'attachement aux institutions du passé. Peu soucieux, ce semble, d'assurer ces avantages à la France, nos législateurs modernes ont rompu violemment avec le passé : ils ont interdit les pactes sur succession future, ils ont prohibé les substitutions, ils ont supprimé les majorats, ils ont aboli le douaire; les lois mêmes qui ont rétabli la réserve et restreint la liberté de tester, ont eu pour but, ou du moins pour résultat, non pas de conserver les biens dans les familles, mais bien plutôt de morceler et de mobiliser le sol par la multiplicité et l'égalité des partages. De toutes ces institutions conservatrices d'autrefois, une seule subsiste encore, celle du régime dotal, d'autant plus importante, d'autant plus précieuse,

qu'elle représente à elle seule toute une classe d'utiles institutions disparues; elle seule peut aujourd'hui encore opposer un contre-poids au mouvement toujours plus désordonné et plus hasardeux de la spéculation commerciale. C'est ce que l'opinion publique a compris : aussi voyons-nous l'usage du régime dotal se répandre de plus en plus dans la pratique contemporaine; il ne reste plus confiné dans les anciennes provinces de droit écrit, il pénètre dans Paris et dans les grandes villes commerçantes du Nord, et tandis que quelques théoriciens répètent qu'il a fait son temps et annoncent sa fin prochaine, il poursuit, plein de vie et d'avenir, le cours de ses progrès.

Au reste, continuent les avocats de l'inaliénabilité dotale, si, parmi toutes les institutions conservatrices de l'ancien droit, il en était une qui méritât plus particulièrement de trouver grâce devant les réformes de la loi moderne, c'était bien assurément le régime dotal. Renfermée dans la durée du mariage, l'inaliénabilité, sous ce régime, ne peut jamais franchir ces bornes étroites au delà desquelles elle risque de devenir une entrave pour le commerce et une gêne pour les ménages. De plus, cette inaliénabilité n'est point forcée, mais seulement facultative : refuser à un père le droit de stipuler, en dotant sa fille, une clause que lui dictent son affection et sa prudence, ce serait porter atteinte à un principe sacré, le principe de la liberté des conventions, ce serait imposer des entraves à celui de tous les contrats que la loi doit surtout encourager. Que feront les parents, si vous leur retirez les garanties de l'inaliénabilité dotale? Ils n'oseront plus se dessaisir de leurs biens, ils réduiront la dot de leur fille à la promesse d'une pension, et si le jeune homme ne veut point se contenter de cette promesse toujours précaire, ce sera la loi même qui, en prohibant l'inaliénabilité, aura mis obstacle au mariage.

De tous les régimes nuptiaux, en effet, il n'en est aucun qui réponde, comme le régime dotal, à la sollicitude et à la juste défiance des pères de famille. Il n'en est aucun où l'équilibre soit mieux pondéré entre les attributions respectives

des deux époux. S'il est vrai que, pour le bon gouvernement d'un ménage comme pour celui d'un État, il faille combiner, dans une juste mesure, le principe de conservation et le principe de progrès, jamais cette combinaison, dans l'ordre domestique, ne fut plus heureusement réalisée que par le régime dotal. Ce régime fait deux parts dans la fortune du ménage : l'une, immobile, immuable, doit constituer pour la famille un fonds de réserve : c'est la dot de la femme; l'autre, abandonnée à la libre disposition du chef du ménage, pourra se transformer, s'accroître, servir d'aliment au commerce ou à l'industrie : c'est la fortune du mari. Ainsi se trouve appliqué le principe que proclamait, il y a plus de deux mille ans, le maître de la science antique, et qui est aussi vrai de nos jours qu'il l'était alors : « Les attributions domestiques ne sont point les mêmes pour les deux époux : l'affaire de l'homme est d'acquérir, celle de la femme est de conserver [1]. »

Nous voici ramenés, comme on le voit, au point central de notre étude : la détermination de la capacité et du rôle de la femme dans la famille. Là est pour nous le vrai terrain du débat, et, en répondant aux arguments qu'on vient d'invoquer en faveur de l'inaliénabilité dotale, c'est tout d'abord sur ce terrain que nous devons nous placer.

Oui, sans doute, Aristote a dit vrai, la femme doit représenter dans le ménage l'élément conservateur. Mais la conservation, ce n'est pas la stagnation et l'inertie. Pour conserver la richesse, pour empêcher que rien ne se détériore ou ne se déprécie, il faut presque autant de soins, de vigilance, d'activité assidue que pour acquérir. Est-ce sous le régime dotal que la femme pourra remplir ce rôle? Non assurément : exclue de toute participation aux affaires du ménage, condamnée à une inaction passive, la femme, sous ce régime, sera aussi impuissante à conserver qu'à acquérir. C'est bien plutôt dans la communauté conjugale qu'elle pourra exercer cette influence conservatrice dont on fait

[1] Aristote, *Polit.*, III, 2, 10. — Cpr. *Econom.*, 3.

avec raison son attribut particulier : dans la communauté, nous l'avons déjà vu, aucune décision importante ne sera prise dans le ménage sans le concert des deux époux, et l'esprit de prudence de la femme pourra opposer un frein salutaire à l'esprit d'entreprise du mari. Sous le régime dotal au contraire, c'est la loi qui se substitue à la femme incapable et annihilée, et l'on a dès lors, au lieu d'une influence modératrice, une prohibition inflexible; au lieu de la conservation, l'immobilité.

Il y a plus : en se chargeant ainsi elle-même de ce rôle modérateur que la femme seule est apte à remplir, la loi va se trouver entraînée bien au delà du but qu'elle se propose : en paralysant l'activité de la femme, elle va paralyser du même coup l'activité du mari. La conséquence est inévitable : le législateur ne peut frapper la femme d'incapacité sans la protéger en même temps par une hypothèque légale; il ne peut lui dire : « N'agissez point, » sans ajouter aussitôt : « J'agirai pour vous, et je prendrai moi-même toutes les sûretés nécessaires pour garantir vos droits. » Le voilà donc forcé de faire peser une hypothèque sur tous les immeubles du mari. Cette hypothèque sera nécessairement indéterminée, car le montant des reprises de la femme peut s'accroître chaque jour; de plus elle sera incessible, car, pour que la femme pût la céder ou y renoncer, il lui faudrait précisément cette capacité que la loi lui dénie. Or grever un propriétaire d'une hypothèque générale dont il ne peut ni s'affranchir ni même prévoir ou limiter l'étendue, n'est-ce pas enchaîner son patrimoine et ruiner son crédit? Il est donc vrai que la loi a dépassé le but, et qu'en voulant immobiliser la dot seulement, elle se trouve avoir immobilisé toute la fortune du ménage. Ce n'est donc pas le régime dotal qui pourra réaliser cet idéal que l'on proposait tout à l'heure, cette combinaison du principe de conservation appliqué au bien de la femme et du principe de liberté appliqué au bien du mari. Toute combinaison semblable n'est d'ailleurs qu'une chimère : car le mariage établit, par sa nature même, entre les intérêts des deux époux une solida-

rité que tous les artifices légaux seront impuissants à détruire : ou laissez la femme libre et active, comme sous le régime de communauté, et vous aurez par là même assuré la libre et féconde activité du chef du ménage; ou enchaînez la femme, comme sous le régime dotal, et vous aurez par là même enchaîné le mari.

L'inaliénabilité dotale est, comme on le voit, bien moins restreinte qu'il ne paraît au premier abord : bien que limitée dans son objet, elle étend son influence sur toute la fortune de la famille; bien que limitée dans sa durée, elle condamne les deux époux à l'inaction et à l'impuissance précisément durant l'âge de la force et de l'activité : commençant avec le mariage pour ne finir qu'avec lui, le plus souvent, elle privera l'homme de sa liberté civile à l'âge où il commençait à savoir en user, pour ne la lui rendre qu'à l'âge avancé où il n'en usera plus. Il faut donc le reconnaître, l'inaliénabilité qu'établit le régime dotal est générale, bien qu'elle ne soit pas universelle, et il ne peut plus être permis de soutenir l'excellence de ce régime, qu'à la condition de soutenir en même temps que l'inaliénabilité des biens patrimoniaux est, en thèse générale, une chose juste et utile. Tel est, en effet, nous l'avons déjà vu, le point de départ de nos adversaires, et la discussion resterait incomplète si nous ne les suivions un instant jusque sur ce terrain.

C'est ici que nous retrouvons la théorie qui fait de la propriété des immeubles le droit collectif de la famille tout entière. Je ne veux point contester le droit de la famille, je ne veux pas même en rechercher les limites, car cette recherche délicate m'engagerait dans une trop longue digression. Je dirai seulement : la famille, quels que soient les droits qu'on lui suppose, ne peut avoir, pour la gestion et la défense de ses intérêts, qu'un seul représentant actif et capable, et ce représentant, c'est à chaque génération le père de famille. C'est donc le droit du père de famille ou si l'on aime mieux, c'est son devoir de gérer et d'exploiter le plus utilement possible, dans l'intérêt de ses descendants, la fortune dont ses aïeux lui ont laissé le dépôt. Qu'une sanction

sévère l'astreigne à l'accomplissement de ce devoir, j'y consens : s'il veut dilapider son bien, frappez-le d'interdiction; s'il veut faire passer son bien dans une famille étrangère, cassez ses donations ou ses legs. Mais n'allez pas plus loin : ne le dépouillez pas du droit de vendre, d'emprunter, de commercer; car, si vous allez jusque-là, si vous lui défendez d'exploiter et d'améliorer son héritage, ce n'est plus la conservation de la famille patrimoniale que vous aurez assurée, c'est sa stagnation, c'est son dépérissement graduel.

Ce n'est donc pas, on le voit, en entravant la liberté des échanges et du commerce qu'on peut assurer la conservation des grandes fortunes et des grandes familles. Je n'ai pas même besoin d'examiner ici, au point de vue pratique et économique, si ce système conservateur ne présente pas autant ou plus d'inconvénients que d'avantages. Car une telle question n'a rien de commun avec le régime dotal. Si le législateur veut arrêter la déchéance des anciennes familles et le morcellement de la propriété foncière, qu'il rétablisse les substitutions, qu'il rétablisse le droit d'aînesse, mais qu'il n'aille point chercher un remède dans l'inaliénabilité dotale. Toutes les prohibitions de la dotalité ne peuvent rien contre le morcellement des héritages, car, si elles font obstacle aux échanges, elles ne font point obstacle aux partages[1]; elles ne peuvent rien non plus contre l'appauvrissement des anciennes familles, car un bien ne devient dotal qu'en sortant de la famille de ses anciens possesseurs, pour passer dans une famille nouvelle et sous le nom d'un possesseur étranger. Aussi n'est-ce jamais au régime dotal que les législations aristocratiques ont demandé des garanties conservatrices. Elles ont, pour la plupart, repoussé ce régime, et celles qui l'ont admis en ont étroitement limité les effets. Dans nos anciennes provinces de droit écrit, par exemple, les institu-

[1] Le régime dotal est bien plutôt aujourd'hui un obstacle à la formation des grandes propriétés : « Malheur, dit M. Homberg (*Abus du régime dotal*, p. 257), au propriétaire dont l'héritage se trouve borné par un bien dotal!.... Cette limite sera pour lui infranchissable, et jamais il ne pourra, de ce côté, agrandir son domaine... Abolissez le régime dotal, rendez sûrs et faciles les échanges; bientôt vous verrez les grands domaines se reformer. »

tions féodales ne purent s'associer au régime dotal sans en atténuer la rigueur; grâce aux substitutions, au droit d'aînesse, à l'exclusion des filles, les dots et les hypothèques qui en sont la suite se trouvèrent restreintes aux proportions les plus minimes, et c'est précisément parce que la part des filles fut ainsi réduite au strict nécessaire, qu'il parut juste et raisonnable de leur assurer au moins la conservation du peu qu'on leur laissait. Je l'ai déjà remarqué : toutes les incapacités s'enchaînent l'une à l'autre par une logique fatale, et lorsqu'on a laissé à la femme pleine capacité pour succéder et pour acquérir, l'on ne peut plus, sans dangers et sans inconséquence, immobiliser sa fortune entre ses mains. Le privilége n'est plus qu'un abus chez ceux qui jouissent de tous les avantages du droit commun, et l'inaliénabilité devient intolérable lorsqu'elle frappe une masse de biens dont rien ne limite l'étendue.

Aussi l'inaliénabilité dotale, déjà si vivement attaquée sous l'ancien régime que les ordonnances royales avaient dû l'abolir dans quelques-unes de nos provinces[1], a-t-elle soulevé de nos jours des réclamations plus vives et plus légitimes encore. Ces réclamations, chose remarquable, sont souvent parties des pays mêmes qui, pratiquant le régime dotal, pouvaient mieux que d'autres en apprécier les bienfaits ou les abus. C'est un magistrat normand qui, naguère encore, après avoir décrit avec l'autorité et le langage ému d'un témoin oculaire tous les effets funestes de la dotalité, concluait par ces mots : « Au mal que nous avons signalé, le remède serait simple : un trait de plume passé sur le chapitre du régime dotal dans le Code civil, et notre législation demeurerait complète dans son unité[2].

Nous n'oserions, pour notre compte, nous associer à ce

[1] Ordonn. de 1664. — Voy. *suprà*, p. 412.

[2] Homberg, *Abus du régime dotal*, Rouen, 1849. — Voy. aussi *Du régime dotal et de la nécessité d'une réforme*, par Marcel, notaire, Louviers, 1842. — M. Batbie, qui, appartenant lui aussi, par sa naissance, à un pays de régime dotal, peut joindre l'autorité du témoin oculaire à celle du jurisconsulte et de l'économiste, tient à peu près le même langage. *Cours d'économie politique*, t. II, p. 102, et *Révision du Code Napoléon*, dans le *Correspondant* de janvier 1866, p. 90.

vœu et nous n'accueillerions qu'avec défiance la réforme qui, *d'un trait de plume,* effacerait le régime dotal de nos codes. Si nous reculons devant une réforme aussi radicale, ce n'est point par crainte de porter atteinte à la liberté des conventions, car il est contradictoire d'invoquer la liberté civile en faveur de clauses qui tendent précisément à la détruire. Ce n'est pas non plus dans la crainte d'empêcher que les mariages ne se multiplient : comme l'a fort bien dit Montesquieu, « ce sont les garçons qu'il faut encourager au mariage, » et rien n'est moins propre à les y encourager que les entraves si gênantes qui les attendent sous le régime dotal. Si ce régime, malgré tous ses vices, a droit à quelques ménagements de la part du législateur, c'est uniquement parce qu'il a pour lui la possession, et qu'il est, de nos jours encore, profondément enraciné dans la moitié des provinces françaises. Cette possession, j'en conviens, ne prouve rien en sa faveur : il en est des abus comme des mauvaises herbes, il n'est rien qui croisse plus vite et qui soit plus difficile à extirper. Mais elle doit tout au moins protéger le régime dotal contre une abrogation brusque et soudaine. Les réformes législatives ne doivent s'opérer qu'avec ménagement et avec lenteur; pour qu'elles soient efficaces et durables, il faut qu'elles s'accomplissent dans les mœurs en même temps que dans les lois. Dans l'état actuel des mœurs et de l'opinion publique, la mission du législateur doit se borner, ce me semble, à concilier autant que possible les garanties conservatrices du régime dotal avec les principes de la liberté civile et les besoins du commerce. Voici peut-être les deux amendements qui pourraient le mieux tempérer, sans la détruire, la rigueur trop inflexible de l'inaliénabilité dotale.

1° Les biens dotaux pourraient toujours être aliénés à charge de remploi, et le remploi pourrait avoir lieu, non-seulement en immeubles, mais encore en rentes sur l'État, actions de la Banque de France, obligations du Crédit foncier ou des chemins de fer français.

2° Les biens dotaux pourraient toujours être aliénés,

même sans remploi, avec l'autorisation de la justice. La femme pourrait, avec la même autorisation, engager le bien dotal et subroger à son hypothèque légale. Le contrôle tutélaire et intelligent des tribunaux remplacerait ainsi la résistance inflexible et aveugle de la loi[1].

La femme mariée sous le régime dotal serait donc incapable, puisqu'elle ne pourrait s'engager ni aliéner sans l'autorisation des tribunaux. Mais cette incapacité n'est point nouvelle : l'on reconnaît en elle, sous une forme adoucie, la même incapacité qu'édictait, il y a dix-huit siècles, le sénatus-consulte Velléien. Il est donc vrai, comme nous le disions en commençant cette étude, que le statut du sénat romain renfermait, sous une forme locale et temporaire, un principe qui devait s'imposer à presque toute l'Europe durant une longue suite de siècles : ce principe, nous l'avons retrouvé naguère dans le Code Napoléon, et nous le voyons maintenant encore survivre, sous une forme nouvelle, aux réformes législatives que les mœurs actuelles permettent d'espérer. Mais s'il persiste toujours, il va sans cesse s'affaiblissant : général sous la loi romaine, il est relégué, sous la loi moderne, en dehors du droit commun, dans l'étroit domaine du régime dotal; inflexible dans la loi moderne, il doit devenir plus tard, avec le progrès de la législation, un instrument souple et docile entre les mains des tribunaux. La jurisprudence, mobile et progressive comme les mœurs et les besoins de la société dont elle est l'expression fidèle, pourra alors relâcher graduellement et sans secousse les entraves aujourd'hui si gênantes du régime dotal; et un jour viendra sans doute où le principe d'une égale liberté civile pour les deux sexes, pénétrant plus profondément dans les mœurs et dans les lois, effacera jusqu'aux derniers vestiges du sénatus-consulte Velléien.

[1] C'est ce que vient d'établir le nouveau Code italien, art. 1405.

DU CARACTÈRE DE LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DU CARACTÈRE DE LA DOT

EN DROIT ROMAIN[1]

Qu'était-ce que la dot chez les Romains? La question n'est pas nouvelle et peut, au premier abord, sembler oiseuse; car on en trouve la réponse, non-seulement dans tous les traités de droit romain, mais dans tous les traités de droit français. S'il est, en effet, dans nos codes, une institution vraiment romaine par son origine et par sa nature, c'est à coup sûr le régime dotal. N'est-il pas naturel d'en conclure que la dot chez les Romains n'était pas autre chose que ce qu'elle est aujourd'hui chez nous?

C'est précisément cette idée si répandue que je voudrais combattre. Je voudrais faire au sujet de la dot ce que j'ai déjà fait ici même sur un sujet différent[2], mettre en regard et en opposition la loi romaine et la loi moderne, et montrer que le même mot correspond, dans les deux législations, à deux idées profondément différentes.

Cette différence, j'en conviens, n'apparaît pas à première vue. Si vous demandez comment la dot doit se définir, les interprètes du droit romain et les commentateurs de nos codes vous feront les uns et les autres exactement la même réponse : la dot est ce que la femme apporte au mari pour

[1] * Cette étude a paru dans la *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère,* tom. II, p. 121 et suiv.

[2] Voyez le tom. Ier de la *Revue de législation française et étrangère,* p. 113 et suiv., p. 672 et suiv.

[3] Cpr. L. 76, D., *De J. D.*, XXIII, 3; Code civil, art. 1540.

subvenir aux charges du mariage[1]. Si vous demandez aux uns comme aux autres en quoi ces charges peuvent consister, ils s'accorderont encore pour vous répondre que ces charges consistent dans l'entretien de la femme et des enfants. Jusqu'ici tout paraît identique dans les deux législations, mais cette identité, je le répète, n'est que dans les mots et non dans les choses.

Lorsqu'on dit aujourd'hui que la dot est établie dans l'intérêt des enfants et pour subvenir à leur entretien, on répète un vieil adage qui fut exact et qui ne l'est plus. Aujourd'hui les enfants ont exactement les mêmes droits sur les biens de leur père et sur ceux de leur mère, et il leur importe assez peu par conséquent que la fortune de la maison soit placée dans les mains de l'un ou dans celles de l'autre[1]. Qu'il y ait une dot ou qu'il n'y en ait pas, que la femme en se mariant apporte ses biens au mari ou les garde pour elle, les enfants qui naîtront du mariage n'en seront ni plus riches ni plus pauvres. Si donc une dot est remise au mari, ce n'est pas pour que les enfants soient plus richement entretenus, c'est pour que le soin de leur entretien et l'administration du ménage, au lieu de se diviser entre les deux époux, se concentre dans les mains du mari et n'appartienne qu'à lui seul. Tel est aujourd'hui l'unique but, l'unique destination de la dot, et en voici les conséquences : cette destination n'étant que temporaire et cessant avec le mariage, il en résulte que la dot n'est qu'une sorte de dépôt temporaire entre les mains du mari, que le mari n'en devient point propriétaire, et qu'il doit la rendre dès que le mariage a cessé.

Il en était tout autrement dans l'ancienne Rome. Pour comprendre ce qu'était la dot à cette époque, il faut se rappeler d'abord ce qu'était la famille : ce mot de *famille* avait dans l'antiquité un tout autre sens qu'aujourd'hui. On appartenait à la même famille, non pas parce qu'on était d'un même sang, mais parce qu'on avait le même nom et les

[1] Je fais abstraction, pour le moment, de l'intérêt tout spécial que présente l'inaliénabilité de la dot : on sait que les biens dotaux ne sont pas toujours inaliénables.

mêmes dieux, et il en résultait que nul ne pouvait appartenir à la fois à deux familles différentes. Or, un enfant porte le nom de son père et non pas celui de sa mère. L'enfant appartenait donc exclusivement à son père, et, au point de vue légal, il n'était pour sa mère qu'un étranger. En réservant le cas de la *conventio in manum*, dont l'examen viendra plus tard, l'on peut dire qu'il n'existait aucun lien de parenté civile entre des enfants et leur mère[1]. Une mère ne pouvait donc laisser ses biens à ses enfants, ni par testament, car elle ne pouvait tester, ni *ab intestat,* puisque elle et ses enfants appartenaient à deux familles différentes. Pouvait-elle du moins leur faire des donations? Pas davantage, du moins tant que vivait le mari; car, soumis à la puissance paternelle, les enfants ne pouvaient avoir de biens personnels; leurs biens et ceux de leur père ne formaient qu'un seul patrimoine dont le père était le maître. La femme n'avait donc qu'un seul moyen de faire parvenir ses biens jusqu'aux enfants : c'était de les apporter au mari, c'est-à-dire de les constituer en dot. C'est alors qu'on pouvait dire, avec bien plus de vérité que de nos jours : la dot est destinée à pourvoir à l'établissement des enfants et à leur entretien. Ce n'était point là, comme aujourd'hui, une destination temporaire et limitée à la durée du mariage : la dot ne devait jamais être restituée, puisqu'elle n'eût pu retourner à la femme ou aux héritiers de la femme sans être par là même perdue pour les enfants. Aussi était-elle acquise au mari en pleine propriété. La *dot* était un *don,* c'est le sens primitif du mot[2], c'est-à-dire que la femme l'abandonnait au mari sans réserve et sans retour.

L'on voit par là que de tout temps les lois sur la dot ont

[1] Ce qui montre bien qu'aux yeux des jurisconsultes romains la parenté de la mère n'était qu'une parenté naturelle et non civile, c'est que, lorsque plus tard des droits de succession furent établis entre la mère et ses enfants, ces droits furent les mêmes à l'égard des enfants naturels (*spurii*), qu'à l'égard des légitimes.

[1] « Dotem manifestum est ex Græco esse : διδόναι dicitur apud eos dare. » Festus, *h. v.* — « Dos si nuptiarum causa data; hæc græcè δωτίνη ita enim hoc Siculi. Ab eodem donum. » Varron, *De lingua latina,* V, 175. — « Dos est donum puellarum nubentium. » Acron, *Ad Horat. Carm.,* III, 24, v. 19.

découlé, comme une conséquence naturelle, des lois sur l'organisation de la famille, et que deux organisations domestiques aussi diverses que celle des Romains et la nôtre devaient nécessairement conduire à deux régimes dotaux bien différents. Cette différence, nous pouvons maintenant l'exprimer en deux mots. Oui, sans doute, de nos jours comme au temps des Romains, il est vrai de dire que la dot est destinée à subvenir aux charges du mariage; mais la différence consiste en ceci : c'est que chez nous ces charges et cette destination sont temporaires, à Rome elles étaient perpétuelles. C'est là l'idée que les jurisconsultes romains eux-mêmes ont formulée dans cet adage traditionnel, inscrit en tête du titre *De jure dotium* comme un principe fondamental : « Dotis causa perpetua est[1]. »

C'est ce caractère de *perpétuité* de la dot, si étranger à nos idées et à nos mœurs, que je vais, dans ces quelques pages, essayer de mettre en lumière. Je vais, en parcourant les diverses périodes de la législation romaine, étudier tour à tour les origines de ce principe, son développement et son déclin, et montrer ainsi par quelle série de modifications progressives la dot primitive a fini par devenir la dot moderne.

En effet, la maxime *dotis causa perpetua est* n'a qu'une vérité historique, et au temps même où l'écrivait le jurisconsulte Paul qui nous l'a transmise, elle avait déjà presque cessé d'être vraie. A cette époque, de grands changements s'étaient accomplis dans l'organisation de la famille. Sous l'influence des Antonins, la loi s'était humanisée. La mère avait peu à peu reconquis au sein de la famille la place qui lui était due : elle succédait à ses enfants et ses enfants lui succédaient[2]. Dès lors, l'ancien principe de la perpétuité de la dot avait perdu sa raison d'être et n'était plus, pour ainsi dire, qu'un anachronisme. Du jour où les enfants avaient obtenu sur les biens de leur mère les mêmes droits que sur

[1] L. 1, D., *De J. D.*, XXIII, 3.

[2] Sc. Tertyllien, rendu sous Antonin le Pieux ou sous Hadrien. — Sc. Orphitien, rendu sous Marc-Aurèle.

ceux de leur père, peu leur importait que la dot, lors du divorce, restât à leur père ou retournât à leur mère; peu leur importait même qu'il y eût une dot ou qu'il n'y en eût point. La dot n'avait plus pour but d'assurer l'avenir des enfants; elle n'avait plus une *causa perpetua,* et la maxime *dotis causa perpetua est* n'était plus dès lors qu'une formule traditionnelle, que l'on conservait encore pour l'honneur des principes, mais qui, ne répondant plus à aucun besoin pratique, ne pouvait tarder à disparaître et à tomber en oubli.

Ce changement progressif dans la destination et la nature de la dot, suite naturelle des changements survenus dans l'organisation de la famille, a échappé trop souvent à l'attention des interprètes. Quand ils ont cherché à définir la dot et à en déterminer le vrai caractère, ils ont trop souvent affirmé, comme une vérité absolue, ce qui n'est vrai que pour telle ou telle période de la législation romaine. De là bien des malentendus, bien des divergences; de là deux théories nettement opposées que l'on peut formuler ainsi.

Dans le premier de ces systèmes, la dot est essentiellement *temporaire,* et, de même qu'il ne peut y avoir de dot quand il n'y a pas de mariage, il ne peut plus y avoir de dot quand le mariage n'existe plus. La dot n'est pas donnée au mari, elle lui est *prêtée;* il en est de la *datio dotis* comme du *mutuum :* elle implique pour l'acquéreur l'obligation de rendre. Cette obligation, de rendre la dot à la fin du mariage, est donc une obligation *re, ex contractu,* fondée sur les principes généraux du droit. Le mari se trouve donc soumis, dès que le mariage est dissous, non-seulement à une action dotale particulière, mais encore à l'action générale, à la *condictio,* en vertu de ce principe : « Constat id posse condici... quod redit ad non justam causam[1]. » Telle est la doctrine du grand jurisconsulte Doneau, et de tous ceux qui, comme lui, ont cherché le sens des lois romaines dans la raison naturelle plutôt que dans l'histoire[2].

[1] L. 1 § 3, D., *De cond. sine c.,* XII, 7.

[2] Doneau classe la dot, dans son système, après les quatre contrats, *re,* et s'ex-

Dans le système opposé, la dot est de sa nature *perpétuelle :* fonder une famille, et une famille qui se perpétue, tel est le but du mariage[1], et par conséquent le but de la dot. Cette dot, le mari l'acquiert, non pour lui seul, mais pour la famille dont il est le représentant et le chef ; il l'acquiert donc pour toujours, et la femme n'est pas plus créancière, en principe, des biens dotaux qu'elle n'en est propriétaire. Qu'est-ce alors que l'action *rei uxoriæ* qui lui est donnée? Une exception, une anomalie, une sorte de secours alimentaire octroyé par faveur à la veuve ou à l'épouse injustement répudiée; l'origine, la cause de cette action n'est point dans la *datio dotis,* mais dans le fait de la répudiation ou du veuvage. Cette doctrine est toute récente : je la rencontre dans deux publications étrangères qui, encore presque inconnues en France, méritent, je crois, d'y être signalées : les traités sur la dot de MM. Bechmann et Czyhlarz[2].

Il est facile, je crois, après les explications qui précèdent, de démêler, dans chacun de ces deux systèmes, la part de vérité qu'il contient. Le second est l'expression exacte de ce qu'était la dot à son origine ; le premier est la représentation non moins fidèle de ce que la dot était devenue sous Justinien. La distance entre ces deux systèmes, si éloignés l'un de l'autre, donne la mesure du progrès accompli par la loi romaine. Nous allons suivre ce progrès et assister successivement aux transformations que le régime dotal a subies, d'abord sous la République, puis sous l'Empire.

prime ainsi : « Etiam dotis restituendæ obligatio re contrahitur, eodem plane modo quo in mutuo... » L. XIV, c. IV, n. 1 ; cpr. n. 13 et c. V, n. 1. — Le chef de l'école historique allemande, Savigny, paraît lui-même se rattacher à cette doctrine, lorsqu'il accorde à la femme « le choix entre une *condictio* et l'action *rei uxoriæ* qui est de bonne foi. » *System,* t. V, app. XIV, n. 5, *in fine.* Voyez aussi Puchta, *Instit.,* t. III, § 292, note *s.* Notons dès à présent que cette assertion ne s'appuie sur aucun texte ; le seul qu'allègue Savigny (L. 67, D., *De J. D.,* XXIII, 3) ne peut fournir qu'un argument *à contrario* sans importance.

[1] C'est ce qu'indique la formule sacramentelle : « liberorum quærendorum causa uxorem ducere. » Ulpien, III, 3 ; Aulu-Gelle, IV, 3 ; Valère-Maxime, VII, 7, 4.

[2] Bechmann, *Das rœmische Dotalrecht,* 1863-1867 ; Czyhlarz, *Das rœmische Dotalrecht,* 1870. M. Bechmann est professeur à Erlangen et M. Czyhlarz professeur à Prague. — Voyez aussi le compte rendu du livre de M. Bechmann par M. de Scheurl, *Kritische Vierteljahrschrift,* t. VI, p. 1 ; t. XI, p. 105, 266 et 321.

I.

Les plus anciens documents que nous possédions sur les usages et les mœurs de la société romaine nous représentent la dot comme l'accessoire ordinaire et presque nécessaire du mariage. Les dots étaient souvent fort considérables [1], et, quelque pauvre qu'il fût, un père se serait cru déshonoré s'il n'eût doté sa fille [2]. Ce trait de mœurs, fort remarquable dans une société encore rude et grossière, peut aisément s'expliquer. L'on sait que, sous la loi des XII Tables, les femmes avaient les mêmes droits de succession que les hommes [3], et par conséquent étaient aussi riches qu'eux ; or, si les richesses se partageaient également entre les deux sexes, il fallait bien que les charges domestiques se partageassent de même; et comme la loi mettait les enfants dans la dépendance et à la charge exclusive de leur père, la femme ne pouvait contribuer à cette charge qu'indirectement, en abandonnant à son mari la totalité ou du moins une partie de ses biens.

Cet apport s'effectuait de trois manières bien différentes dans trois hypothèses que je vais examiner successivement.

1° Je supposerai d'abord que la femme, au moment du mariage, était indépendante *(sui juris)*, maîtresse de sa fortune, et qu'elle passait en se mariant *in manum mariti*. En ce cas, tous ses biens tombaient forcément dans le patrimoine du mari. Ce n'était pas là une dot proprement dite, puisque la dot n'est qu'un don volontaire, tandis que, ici, l'acquisition pour le mari n'était qu'une conséquence, et

[1] Caton, *Suasio legis Voconiæ*, éd. Jordan, p. 54.

[2] Plaute, *Trinummus*, act. III, sc. 1, v. 11; sc. 2, v. 63 :

> Flagitium quidem hercle fiet nisi dos dabitur virgini.
> . . . . . .
> Sed ut inops infamis ne sim; ne mihi hanc famam differant
> Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
> Sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium.

Afranius, v. 159 (Ribbeck, *Comicorum rel.*, p. 157).

[3] § 3, J., *De agn., succ.*, III, 2.

une conséquence forcée, de la *conventio in manum*. Mais c'était tout au moins un équivalent de la dot, et l'on pouvait même, en s'attachant moins à la nature de l'acte qu'à ses effets, y voir une sorte de dot tacite. C'est dans ce sens que Cicéron a pu dire avec exactitude : « Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt *dotis nomine*[1]. »

2° Mais les femmes se mariaient jeunes dans l'ancienne Rome[2]. Il arrivait donc le plus souvent que, au moment de la *conventio in manum*, la femme se trouvait encore sous la puissance de son père, et par conséquent n'avait point de biens personnels. En ce cas, c'était au père à fournir la dot; les mœurs, nous l'avons vu, lui en faisaient un devoir, et ce devoir était ici d'autant plus impérieux, que la femme, en se soumettant à la *manus*, renonçait par là même à tous ses droits sur la succession paternelle[3]. En dotant sa fille, le père ne faisait que la dédommager de ce sacrifice, sans faire tort à ses autres enfants. Ici nous rencontrons, il faut le remarquer, non plus l'équivalent d'une dot, mais une dot proprement dite, c'est-à-dire une libéralité faite au mari au nom de la femme et en vue du mariage. C'est même probablement dans ces circonstances que la dot a trouvé sa plus ancienne application.

3° Enfin l'on peut supposer que le mariage avait lieu sans *conventio in manum* : l'on sait que déjà sous les XII Tables il en pouvait être ainsi. En ce cas, le mariage n'entraînait pour le mari aucune acquisition légale, et par conséquent le besoin d'une dot proprement dite se faisait également sentir, soit que la femme en se mariant eût des biens personnels, soit qu'elle fût encore sous la puissance de son père. La dot était habituellement fournie par la femme

[1] *Topiques*, 4.

[2] Aux environs de quatorze ans. Epictète, *Manuel*, 40. Friedlænder, *Sittengesch. Roms*, t. I, p. 387 (2e édition).

[3] La dot était considérée comme remplaçant pour la fille ses droits de *sua*. Aussi, quand plus tard on admit que la fille pourrait conserver ses droits de *sua* tout en recevant une dot, eut-on soin de corriger ce cumul de deux droits primitivement incompatibles, par la *collatio dotis*.

elle-même dans le premier cas et par le père dans le second.

Ce qu'il importe surtout de remarquer, c'est que, dans ces trois hypothèses, si les moyens étaient différents, le but était toujours le même. Ce but, c'était de procurer au mari un enrichissement qui compensât pour lui les charges du mariage. Dans les trois cas, les biens qu'il acquérait avaient la même destination et devaient, par conséquent, être régis par la même loi. Dans les trois cas, il les acquérait sans restriction et sans réserve et, de quelque façon que le mariage vînt à se dissoudre, il n'avait pas à les restituer. C'est sur ce dernier point que je dois m'arrêter un instant.

« On rapporte, » dit Aulu-Gelle, « que, durant les cinq « premiers siècles de la fondation de Rome, il n'existait, à « Rome et dans tout le Latium, ni actions ni stipulations *rei* « *uxoriæ*, sans doute parce qu'il n'en était pas besoin, les « mariages n'étant point alors rompus par des divorces. Ser- « vius Sulpicius dit aussi, dans son livre sur la dot, que la « nécessité des stipulations *rei uxoriæ* ne se fit sentir que « lorsque Spurius Carvilius... répudia sa femme[1]. » Il serait difficile de récuser ce témoignage; il s'appuie, on le voit, sur l'autorité d'un des plus savants et des plus anciens jurisconsultes de Rome, auteur d'un traité spécial sur la dot. Il trouve d'ailleurs sa confirmation dans un passa[illegible]e De nys d'Halicarnasse. « Romulus, » nous dit l'auteur des *Antiquités romaines*, « n'avait donné aucune action à la femme « contre son mari, ni établi aucune loi pour la restitution de « la dot[2], » Ce renseignement est moins précis que celui d'Aulu-Gelle; mais les deux historiens s'accordent tout au moins pour attester ce fait capital : c'est qu'il s'est écoulé tout une période durant laquelle l'institution de la dot existait déjà, tandis que l'action en restitution de dot n'existait point encore.

A cette première preuve j'en puis ajouter une seconde. L'absence de toute action dotale, dans les premiers siècles de Rome, n'est pas seulement un fait historique, c'est en-

[1] *Noctes att.* IV, 3; cf. XVII, 21.
[2] *Antiq. roman.*, II, 25.

core une conséquence logique de l'état général des lois et des mœurs à cette époque. Aujourd'hui, sans doute, une loi qui dispenserait le mari et ses héritiers de rendre la dot serait aussi inique qu'irrationnelle. Mais qu'on veuille bien considérer un instant ce qu'était la famille romaine dans les premiers siècles, et l'on reconnaîtra qu'une loi semblable n'avait rien qui pût blesser ni l'équité ni la raison. Nous avons, ici encore, trois hypothèses à distinguer, car le mariage pouvait se dissoudre de trois manières différentes :

1° Par la mort de la femme. En ce cas, n'était-il pas raisonnable que le mari gardât la dot, puisqu'il gardait à sa charge les enfants, à qui la dot était destinée? Ces enfants, je l'ai déjà dit, ne pouvaient succéder qu'à leur père et non à leur mère, et ne pouvaient, par conséquent, recueillir un jour les biens dotaux, que si ces biens restaient dans le patrimoine paternel. Le mariage, il est vrai, pouvait être stérile, bien que ce fût sans doute un cas assez rare dans les premiers siècles de Rome. Mais alors même n'était-il pas juste de préférer aux héritiers de la femme, qui ne pouvaient être que des collatéraux, celui à qui la femme était restée unie jusqu'à sa mort par le plus intime et le plus sacré de tous les liens?

2° Le mariage pouvait encore prendre fin par le prédécès du mari, et en ce cas la loi romaine, qui refusait à la veuve la reprise de sa dot, peut paraître à première vue difficile à justifier. Pour la comprendre, il faut distinguer d'abord s'il y avait eu ou non *conventio in manum* entre les époux.

Si la femme était *in manu,* elle avait sur les biens du mari exactement les mêmes droits qu'une fille sur les biens de son père. Elle succédait donc au mari pour une part d'enfant, ou, à défaut d'enfant, pour le tout[1], et, dans ce patrimoine du mari auquel elle succédait, elle retrouvait les biens dotaux qui s'y étaient confondus. La dot continuait ainsi à remplir, même après le mariage, sa double destination, qui est de fournir à l'entretien de la femme et des en-

[1] Gaïus, I, 111; II, 139, 159; III, 3.

fants, et, par cette heureuse combinaison, tous les intérêts domestiques se trouvaient satisfaits à la fois.

Mais si la femme n'était pas *in manu,* sa position était bien différente : elle n'avait aucun droit sur la succession du mari prédécédé, et une fille richement dotée eût pu ainsi se trouver sans ressource au jour du veuvage[1], si la loi n'eût été ici corrigée par les mœurs. D'abord il était d'usage que le mari, dans son testament, laissât à sa veuve ou sa dot, ou du moins un legs qui la mît à l'abri du besoin : l'édit *de alterutro* et l'importance du *prælegatum dotis* dans l'ancienne jurisprudence romaine[2] attestent la généralité de cet usage. De plus, en supposant même que la dot, à défaut d'attribution testamentaire, passe aux héritiers du mari, n'oublions pas que ses héritiers ne seront autres, le plus souvent, que les enfants issus du mariage : or, ces enfants seront tenus de nourrir et d'entretenir leur mère. Cette obligation, il est vrai, ne leur est imposée que par les mœurs et non par les lois; mais il en est de même de l'obligation pour le mari de nourrir sa femme; la femme a donc, vis-à-vis de ses enfants, les mêmes droits qu'elle avait vis-à-vis de son mari lui-même, en sorte que la dissolution du mariage n'empire point sa condition[3].

3° Nous pouvons supposer enfin que le mariage vient à se rompre, non par le décès de l'un des époux, mais par le divorce. Le divorce était rare sans doute durant cette première période, mais il n'était pas sans exemple, et s'il est douteux que la femme fût jamais autorisée à se séparer de son mari, il est certain que le mari pouvait, en certains cas, répudier sa femme[4]. Dans ces cas exceptionnels, l'épouse répudiée eût été assurément fort mal venue à traduire son mari en justice pour réclamer sa dot. Car toute femme répudiée était par là même réputée coupable. La répudiation,

[1] Remarquez toutefois que, en l'absence de *conventio in manum,* la femme conservait ses droits de succession dans sa famille d'origine.

[2] Voyez le titre *De dote præl.*, D., XXXIII, 4 et la L. 1, D., *De leg. præst.*, XXXVII, 5.

[3] Bechmann, *op. cit.*, I, § 15.

[4] Valère-Maxime, II, 9, 2 (éd. Kempf, p. 228).

dans les mœurs romaines, n'était pas un acte arbitraire : c'était un véritable jugement, que le mari ne pouvait rendre qu'en s'entourant d'un conseil de proches et d'amis[1]. C'est probablement ce tribunal domestique qui statuait sur le sort de la femme et, suivant les circonstances, lui accordait ou lui déniait, en tout ou en partie, la restitution des biens dotaux. Quelle qu'elle fût, cette décision était juste, ou du moins présumée telle, puisqu'elle constituait un jugement et un jugement sans appel.

Ce régime dotal primitif, tel que je viens de l'exposer, présente, je le reconnais, une grave lacune : c'est l'absence de toute garantie contre les abus de pouvoir du mari. Le mari, maître absolu de la dot, pouvait la détourner de sa destination dans des vues égoïstes et coupables et en dépouiller à jamais sa femme et ses enfants. Mais ce n'était là qu'une conséquence naturelle de l'autorité domestique, telle qu'on la concevait alors. Comment le chef de famille n'aurait-il pas eu des droits absolus sur les biens, puisqu'il avait un pouvoir absolu sur les personnes? Comment lui eût-on interdit de dépouiller ses enfants ou sa femme, puisqu'on lui permettait de les punir de mort? Le pouvoir du *paterfamilias* était le plus ancien, et par conséquent le plus sacré, le plus absolu des pouvoirs. Le mauvais époux ou le mauvais père n'était justiciable d'aucun autre tribunal que celui de l'opinion publique, et cette responsabilité n'était point illusoire; car les mœurs à cette époque étaient assez sévères pour tenir lieu des lois, et un chef de famille qui eût abusé de sa puissance n'eût point échappé à la note infamante du censeur.

Je puis résumer en quelques mots tous les développements qui précèdent. Il s'est écoulé une première période dans la législation romaine durant laquelle l'institution de la dot était d'un usage général, tandis que toute action en restitution de dot était encore inconnue. Ainsi l'idée de dot et l'idée de restitution, qui aujourd'hui nous semblent inséparables, se présentent au début comme tout à fait indépendantes

[1] Valère-Maxime (*loc. cit.*) rapporte que L. Antonius fut chassé du Sénat pour avoir répudié sa femme *nullo amicorum in consilium adhibito*.

l'une de l'autre. L'action *rei uxoriæ,* loin d'être la conséquence logique et nécessaire de l'institution dotale, ne doit son origine qu'à des circonstances extérieures et, jusqu'à un certain point, accidentelles, que je vais maintenant exposer.

La date où devrait se placer, d'après Aulu-Gelle, l'origine de l'action *rei uxoriæ,* est par elle-même assez significative : c'est vers le milieu du sixième siècle de Rome. A cette époque, les mœurs simples et sévères dont je parlais tout à l'heure commençaient à se corrompre; le luxe et la mollesse pénétraient dans Rome avec les riches dépouilles de Carthage[1]. La censure devenait impuissante, les divorces se multipliaient, le mariage n'était parfois qu'un honteux trafic : le mari gardait la dot et répudiait la femme. Pour remédier à de tels abus, il fallait porter atteinte à l'autorité sacrée du chef de famille, et imposer au mari qui répudierait sa femme l'obligation de rendre la dot. Ce n'étaient pas seulement l'équité et l'humanité qui exigeaient impérieusement cette réforme, c'était encore l'intérêt de l'État. « Il importe à la République, » disaient les jurisconsultes romains[2], « que les femmes aient des dots et qu'elles les conservent, car c'est pour leurs dots qu'on les épouse. » C'est sous l'influence de cette maxime, inconnue assurément aux Romains des premiers siècles[3], que s'introduisit dans la jurisprudence l'obligation de restituer la dot. Cette obligation était utile pour faire obstacle aux divorces et consolider les mariages : à défaut de lien moral, c'était un lien d'intérêt qui unissait les deux époux; et si ce frein était impuissant, du moins la femme répudiée trouvait-elle dans la dot qui lui était rendue les moyens de contracter une nouvelle union. C'est ainsi

[1] Salluste, *Hist. fragm.*, I, 3. Les lois Oppia, Voconia, le sénatus-consulte des Bacchanales, également provoqués par la corruption des mœurs, suivirent de près l'apparition de l'action *rei uxoriæ.*

[2] L. 2, D., *De J. D.*, XXIII, 3; L. 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 18, D., *De reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5.

[3] Dans les premiers siècles, les seconds mariages, loin d'être encouragés, étaient réprouvés par les mœurs. La qualification d'*univiria* était un titre d'honneur pour une femme. Orelli, I, 2742; II, 4530. Voyez les textes nombreux cités par Marquardt, *Rœm. Privatalterth.*, notes 190 et 370; Friedlænder, *Sittengesch.*, I, p. 357 (2e édit.).

qu'avec le changement des mœurs la dot changea de nature; elle devint une institution d'ordre public, ayant la double utilité de pousser au mariage et de détourner du divorce, et c'est pour approprier le régime dotal à ces besoins nouveaux que l'action *rei uxoriæ* fut instituée.

Cette grande réforme juridique, comme toutes les réformes à Rome, ne s'accomplit qu'avec lenteur. Nous allons en suivre les progrès pas à pas, en montrant comment la nouvelle action dotale fut successivement appliquée à chacun des trois cas de dissolution du mariage.

C'est pour le cas du divorce, si nous en croyons Aulu-Gelle, que l'action *rei uxoriæ* fut d'abord introduite. Ce ne fut pas une loi formelle qui l'établit, mais la pratique et l'usage. Tout porte à croire, en effet, que la restitution conventionnelle de la dot précéda la restitution légale. Lorsque les premiers cas de divorce scandaleux se produisirent, l'on imagina, nous dit le jurisconsulte Sulpicius[1], d'exiger du mari, au moment où il recevait la dot, la promesse formelle d'en rendre quelque chose en cas de divorce. Les termes dans lesquels cette promesse était habituellement conçue nous sont rapportés dans un curieux passage de Boëce, emprunté sans doute à quelque ancien jurisconsulte. « Dos « interdum, » nous dit le commentateur de Cicéron, « his « conditionibus dari solebat, *ut, si inter virum uxoremque* « *divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum* « *maneret, reliquum dotis restitueretur uxori*[2]. »

Pour s'acquitter d'une promesse ainsi formulée, le mari n'avait qu'à se conformer à l'ancien usage : il devait réunir, lors du divorce, un conseil de parents et d'amis, qui déterminaient, suivant l'équité et les convenances (*quod melius æquius esset*), la partie de la dot que le mari pouvait garder et celle qu'il devait rendre. De cette espèce d'arbitrage à l'action *rei uxoriæ* il n'y avait qu'un pas : il ne restait plus qu'à sous-entendre cette convention de restitution quand les par-

[1] Dans Aulu-Gelle, IV, 3. Voyez *suprà*, p. 507.

[2] Boëce, *ad Cicer. Topic.*, XVII, 66 (éd. Oreli, p. 378). Bechmann, *op. cit.*, p. 72 et suiv.

ties l'avaient omise. C'est ce que fit la jurisprudence, et la restitution conventionnelle de la dot se transforma ainsi en restitution légale, sans que d'ailleurs le caractère essentiel en fût changé : ce fut toujours une sorte d'arbitrage, de règlement de famille, qui n'avait d'autres lois que l'usage, les convenances et l'équité. Telle fut l'origine de l'action *rei uxoriæ,* tel fut son caractère primitif[1].

Introduit d'abord en faveur de l'épouse divorcée, le bénéfice de l'action dotale ne tarda pas à être également octroyé à la veuve[2]. Ici encore cette action se rattachait à un antique usage. Les anciennes mœurs, je l'ai déjà dit, faisaient un devoir au mari de laisser dans son testament quelques biens à sa veuve. Si le mari avait manqué à ce devoir, l'équité exigeait qu'on ne laissât pas la veuve sans ressource, et c'est pour cela que l'action *rei uxoriæ* lui fut accordée. Ce qui semble bien indiquer que cette action n'était ici que subsidiaire, qu'elle n'était admise que pour suppléer au défaut ou à l'insuffisance de dispositions testamentaires du mari, c'est l'ancien édit *de alterutro,* d'après lequel la veuve, héritière ou légataire de son époux, devait opter entre la disposition testamentaire et l'action *rei uxoriæ,* et ne pouvait accepter la première sans se priver par là même du droit d'intenter la seconde[3].

Les mêmes considérations d'équité ne se présentaient plus quand c'était la mort de la femme qui mettait fin au mariage. Aussi dans ce cas les anciens principes furent-ils maintenus, et l'action *rei uxoriæ,* accordée comme une faveur personnelle à l'épouse divorcée ou à la veuve, n'appartint jamais aux héritiers de la femme prédécédée. Mais il est

[1] « Vir cum divortium fecit, mulieri judex pro censore est, imperium quod videtur habet; si quid perverse tætreque factum est a muliere, multatur. » Caton, *De dote,* éd. Jordan, p. 68. Rudorff, *Rœm. Rechtsgesch.*, II, p. 381.

[2] Il est remarquable qu'Ulpien, traitant de la dot (*Fragm.*, VI), ne parle nullement d'action *rei uxoriæ* en cas de mort du mari, ce qui, joint à d'autres indices qu'il serait trop long de mentionner ici, a fait conjecturer à M. Bechmann (I, p. 59 et suiv.), qu'il n'y avait en ce cas qu'une action *rei uxoriæ utilis.* Quoi qu'il en soit, cette action existait déjà au temps des Gracques. L. 66 *pr.*, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3, Cpr. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 42, note 1.

[3] Bechmann, *op. cit.*, I, p. 58 et suiv., II, p. 422.

une autre personne qui parut digne de la même faveur : ce fut le père de la femme, lorsqu'il avait lui-même fourni la dot. Cette extension nouvelle de l'action dotale pouvait se justifier à deux points de vue : d'abord au point de vue de l'équité : « Il eût été bien dur pour le père, » disent naïvement les jurisconsultes romains, « de perdre à la fois son argent et sa fille[1]; » — ensuite au point de vue de l'intérêt social : la dot, on l'a déjà vu, était devenue une institution d'utilité publique; il importait que le père dotât sa fille, et le législateur, qui devait un peu plus tard l'y contraindre, commença par l'y encourager en lui faisant espérer que la dot qu'il donnait lui reviendrait un jour. Toutefois, cette espèce de retour de la dot n'avait lieu que dans certains cas : il fallait que le mariage eût pris fin par la mort de l'épouse[2]; il fallait de plus que ce mariage fût resté stérile : s'il y avait des enfants, l'action du père était réduite ou même exclue. Je n'entre point ici dans les détails : tout ce que je tiens à constater, c'est que l'action *rei uxoriæ,* dans cette dernière application comme dans les précédentes, n'est présentée, par les jurisconsultes romains eux-mêmes, que comme une exception et une anomalie, qu'ils cherchent à justifier, non par des raisons de droit, mais par des considérations d'équité.

J'ai une dernière remarque à ajouter. Dans les divers cas de dissolution du mariage que je viens de passer en revue, je n'ai pas distingué si la femme était ou non *in manu mariti.* C'est que, au point de vue de l'action dotale, le seul qui doive nous occuper, la circonstance d'une *conventio in manum* me semble à peu près indifférente. Je heurte ici, je le sais, l'opinion commune : l'on considère, en général, la *conventio in manum* comme absolument incompatible avec l'existence d'une dot et d'une action dotale; mais, si je ne me trompe, cette opinion n'est qu'une suite de l'erreur fon-

[1] L. 6, D., *De J. D.,* XXIII, 3. Cette action existait déjà au temps de Servius Sulpicius. L. 79, D., *eod. t.*

[2] Ulpien, VI, 4. J'expliquerai plus loin pourquoi l'on refusait l'action au père en cas de divorce. Voyez *infrà,* p. 526.

damentale que je cherche précisément à combattre dans cette dissertation. Si la dot, comme on le croit trop souvent, n'était qu'une sorte de prêt fait au mari, si le mari devenait débiteur de la dot en en devenant propriétaire, assurément la *conventio in manum* rendrait toute dot et toute action dotale impossible; car il est bien impossible qu'une femme *in manu mariti* soit créancière de son mari. Mais s'il est vrai tout au contraire (et je crois l'avoir prouvé) que la dot romaine fût, non pas un prêt, mais un don fait à toujours, s'il est vrai que l'action *rei uxoriæ* ne fût qu'une sorte de secours personnel accordé à la veuve ou à l'épouse divorcée, et par conséquent ne prît naissance qu'au jour du divorce ou du veuvage, qu'importe alors la *conventio in manum?* Elle ne pouvait faire obstacle à l'action *rei uxoriæ,* puisque, au moment où cette action prenait naissance, la *manus* avait déjà pris fin[1].

Je vais plus loin : si l'action *rei uxoriæ* peut s'appliquer au mariage avec *manus,* je dis qu'elle *doit* s'y appliquer; car tous les motifs qui l'ont fait établir existent également en ce cas et avec la même puissance. Que la femme ait été ou non *in manu,* n'y a-t-il pas le même intérêt public à ce qu'elle puisse se remarier? qu'elle ait été ou non *in manu,* n'y a-t-il pas la même équité à la secourir quand le divorce la laisse seule et sans ressource[2]? ou, s'il y a une différence, la femme qui a le plus besoin d'être secourue n'est-elle pas précisément celle que la *conventio in manum* a privée de sa famille et de tous ses biens? Enfin, que la femme ait été ou non *in manu,* son père n'a-t-il pas exactement le même intérêt à reprendre la dot qu'il avait fournie? Gardons-nous d'introduire une distinction subtile dans une matière où tout se traite *æquius melius,* et de dénier, dans des cas où l'équité la réclame, une action qui se règle sur la seule équité. Loin

[1] Bechmann, *op. cit.,* I, p. 105.

[2] Le cas où la femme *in manu* devient veuve est plus douteux : en ce cas, si le mari l'a exhérédée, a-t-elle l'action *rei uxoriæ,* ou la *querela inofficiosi testamenti,* ou le choix entre les deux actions d'après l'édit *de alterutro?* — Il serait téméraire, en l'absence de texte, de trancher la question.

d'autoriser cette distinction, les textes la repoussent. Si les jurisconsultes romains, si précis dans leur terminologie, ont préféré à la dénomination si naturelle d'action *dotale* celle d'action *rei uxoriæ*, c'est sans doute parce que cette action s'appliquait, non-seulement à la dot proprement dite, mais encore aux biens qui passaient au mari par l'effet de la *conventio in manum*[1]. Dans les deux cas, il y avait *res uxoria;* dans les deux cas, suivant le mot de Cicéron, il y avait acquisition *dotis nomine*[2], et, ce qui prouve mieux encore que ces deux cas étaient régis en général par les mêmes lois, c'est que Paul n'hésite pas à conclure de l'un à l'autre par un argument d'analogie[3].

J'ai insisté sur cette analogie, car elle me fournit un argument décisif pour la thèse que je soutiens. En effet, personne n'hésite à reconnaître que, en cas de *conventio in manum,* la *res uxoria* est acquise au mari à titre définitif et perpétuel, et que cette acquisition n'implique par elle-même aucune obligation de rendre. Or, si la dot proprement dite est régie par les mêmes lois, que faudra-t-il en conclure? C'est que la dot, elle aussi, est acquise au mari définitivement et à toujours; c'est que la dot est *perpétuelle,* et que l'obligation de la rendre ne peut être qu'une dérogation aux principes et une anomalie.

II.

Si j'ai retenu si longtemps le lecteur sur l'origine de l'action dotale, c'est que cette origine n'est pas un simple objet de curiosité historique; elle peut seule nous faire comprendre le caractère tout particulier de cette action et nous donner la clé des nombreuses difficultés qu'elle présente.

Le caractère exceptionnel de l'action *rei uxoriæ* apparaît

[1] Czyhlarz, *op. cit.*, p. 41, note 17.

[2] *Topiques*, 4.

[3] « ... Omnia in dotem... dari posse, argumento esse in manum conventionem. » *Fragm. Vatic.*, 115.

tout d'abord dans sa formule même : cette formule, nous disent les jurisconsultes de l'ère classique, était « in bonum et æquum *concepta*[1], » et Cicéron nous apprend qu'elle contenait ces expressions particulières : « quid æquius melius erit[2]. » Avec un formulaire aussi précis que celui du préteur romain, l'on peut être sûr qu'à une particularité si remarquable dans la rédaction de la formule devaient correspondre quelques particularités importantes dans la nature même de l'action. C'est la recherche de ces particularités qui va faire l'objet de ce paragraphe.

Il faut tout d'abord, dans cette recherche, se mettre en garde contre une erreur fort dangereuse. L'on pourrait être tenté de confondre la clause *quid æquius melius erit*, avec une autre clause bien plus fréquente dans les formules de procédure, la clause *ex fide bona*, et de considérer comme identiques les actions *in bonum et æquum conceptæ* et les actions *de bonne foi*. Il est même un texte des Institutes qui pourrait entraîner à cette confusion : Justinien, en abrogeant l'action *rei uxoriæ*, déclare qu'elle était au nombre des actions de bonne foi[3]. Mais s'il en était ainsi dans la jurisprudence byzantine, il est difficile à croire qu'il en fût de même au temps de la pure jurisprudence classique[4]; car nous ne rencontrons l'action *rei uxoriæ*, ni dans l'énumération des actions de bonne foi que nous donne Cicéron, ni dans celle que nous a laissée Gaïus[5]. C'est qu'en effet les actions *in bonum et æquum conceptæ* étaient placées en de-

[1] L. 8, D., *De cap. min.*, IV, 5.

[2] *Topiques*, 17, et Boëce, *ad h. l.* Val. Probus, VI, 9 : « M. A. E.: melius æquius erit. »

[3] § 29, J., *De act.*, IV, 6.

[4] D'après Savigny (*System*, t. II, § 71, note *g*), l'action *rei uxoriæ* aurait été en même temps *action de bonne foi* et *actio in bonum et æquum concepta*, ces deux qualités étant indépendantes l'une de l'autre, mais non pas incompatibles. Je croirais plus volontiers que cette action n'a pris place dans le cercle des actions de bonne foi qu'à l'époque où son caractère exceptionnel tendait à s'effacer, c'est-à-dire au déclin de la jurisprudence classique.

[5] Cicéron, *De offic.*, III, 17; Gaïus, IV, 62. L'absence de l'action *rei uxoriæ* dans l'énumération de Cicéron est d'autant plus significative qu'il venait de parler de cette action quelques lignes auparavant.

hors des cadres réguliers et des classifications du droit commun : elles formaient, dans une sphère à part, un petit groupe d'actions exceptionnelles, anomales, que Cujas a le premier, je crois, révélé à la science[1]. La doctrine de ce grand maître, élargie et complétée de nos jours par Savigny[2], peut se résumer dans les points suivants.

Il n'y a que quatre actions que les textes nous indiquent comme étant *in bonum et æquum conceptæ :* l'action *rei uxoriæ,* l'action d'injures, et enfin deux autres actions qui ne sont guère que des applications spéciales de l'action d'injures : l'action *sepulchri violati* et l'action *de effusis*[3]. Ces quatre actions présentent, comme traits distinctifs, les deux particularités que voici : 1° Le juge y jouit d'une latitude exceptionnelle. Cette latitude est ici bien plus grande que dans les actions arbitraires ou dans les actions de bonne foi. Dans ces actions, le juge devait se régler, pour l'estimation du litige, sur les usages du commerce; dans l'action *in bonum et æquum concepta,* il faisait cette estimation au gré de son appréciation personnelle, « quanti bonum æquum ei videbatur[4]. » Comme le remarque fort bien Savigny, « dans les actions de bonne foi, deux juges intelligents devaient arriver, sur le même litige, à deux estimations identiques; au contraire, dans les actions *in bonum et æquum conceptæ,* deux juges également honnêtes et clairvoyants pouvaient arriver à deux estimations très-différentes[5]. » 2° La seconde particularité, que les textes nous présentent comme étant étroitement liée à la première[6], c'est que ces actions sont

[1] Cujas, *Observ.*, XXII, 14; *Comm. ad L.* 9, *de cap. min.* (*Paul. ad Edict.*) (éd. Fabrot, t. V, col. 169 et sqq.).

[2] Savigny, *System*, t. II, §§ 71-73.

[3] 1° L. 8, D., *De cap. min.*, IV, 5. — 2° LL. 11 § 1, 18 *pr.*, D., *De injur.*, XLVII, 10; L. 34 *pr.*, D., *De O. et A.*, XLIV, 7. — 3° L. 10, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12. — 4° LL. 1 *pr.*, 5 § 5, D., *De his qui eff.*, IX, 5. Cette dernière action n'est *in bonum et æquum* que si c'est un homme libre qui a été atteint.

[4] L. 1 *pr.*, D., *De his qui eff.*, XI, 3; L. 42, D., *De æd. ed.*, XXI, 1; L. 3 *pr.* D., *De sep. viol.*, XLVII, 12.

[5] Savigny, *System*, t. II, p. 93, 94, éd. française, p. 92.

[6] L. 8, D., *De cap. min.*, IV, 5 : « ... De dote actio, *quia in bonum et æquum concepta est,* nihilominus durat etiam post capitis deminutionem. »

individuelles : j'entends par là qu'elles sont attachées, non à la personnalité juridique de l'ayant droit, mais à son individualité physique; d'où résultent ces deux anomalies : d'un côté ces actions ne se perdent point par la *mort civile*, c'est-à-dire par la *capitis deminutio*[1], qui fait perdre en général tous les droits; de l'autre, elles se perdent par la mort naturelle et ne se transmettent point aux héritiers. — Ce caractère d'*individualité*, avec la double conséquence qui en découle, se retrouve également dans quelques autres actions qui présentent une grande analogie avec les actions *in bonum et æquum conceptæ* et qui peuvent se ranger dans leur groupe : ce sont notamment les actions alimentaires et la *querela inofficiosi testamenti*[2].

Telle est la théorie de Cujas et de Savigny. Il est peut-être bien téméraire d'y vouloir ajouter quelque chose; il me semble cependant qu'elle laisse quelque chose à désirer. Cujas et Savigny ont constaté et décrit le phénomène, mais ils n'en ont pas donné l'explication. Ils ne nous ont pas expliqué comment les jurisconsultes romains ont pu être amenés à réunir, dans un groupe à part, des actions aussi diverses en apparence que l'action dotale, l'action d'injures, la *querela testamenti*[3]. Quel peut donc être le caractère commun qui distingue et sépare ces quelques actions de toutes les autres? A cette question difficile, voici, ce me semble, la réponse qu'on peut proposer.

Le caractère distinctif et essentiel de ces actions, c'est qu'elles ne sont pas, à proprement parler, des actions *pécuniaires*. Voici ce que j'entends par là.

Toutes les actions, en droit romain, sont pécuniaires dans leur objet, puisqu'elles tendent toutes à une condamnation qui consiste, comme on sait, en une somme d'argent et ne peut consister en autre chose. Mais elles ne sont pas toutes

[1] Cela est vrai en général pour la *minima* et la *media capitis dem.*, quelquefois même pour la *capitis dem. maxima*. Savigny, *loc. cit.*, § 71, p. 92.

[2] Savigny, *loc. cit.*, § 72, A., D.; § 73, G.

[3] Savigny se borne à dire « qu'il faut se garder ici de trop généraliser, et que tout ce que ces actions ont de commun, c'est qu'elles sont d'une nature *moins juridique* que les actions ordinaires. » *Loc. cit.*, § 71.

pécuniaires dans leur principe et dans leur cause, et l'on peut à cet égard les diviser en deux espèces fort différentes. Les unes, et c'est de beaucoup le plus grand nombre, sont pécuniaires à la fois par la cause d'où elles dérivent et par l'objet où elles tendent : si elles ont pour objet une somme d'argent, elles ont également pour cause une perte d'argent, je veux dire une atteinte quelconque portée au patrimoine; c'est en un mot une pure question d'argent qui se débat entre les plaideurs. Mais en dehors du patrimoine, en dehors du cercle des intérêts pécuniaires, l'homme a encore d'autres intérêts et d'autres biens à défendre : il a son corps et sa vie[1], il a son honneur, il a des intérêts moraux que la loi garantit[2]; s'il est lésé dans ces intérêts et qu'une action lui soit donnée, cette action prendra naissance en dehors du patrimoine, elle n'en fera point partie, et elle présentera ce caractère bizarre qu'elle ne sera point pécuniaire dans son origine et dans son principe, bien que, tendant comme toutes les autres à une somme d'argent, elle soit pécuniaire dans son résultat et dans sa fin. Ces actions si particulières formaient un groupe à part dans la jurisprudence romaine, et c'est là précisément le groupe des actions *in bonum et æquum conceptæ*. L'on peut dire de toutes ces actions ce qu'Ulpien dit de l'une d'elles : « Non est damnum pecuniarium, nam ex bono et æquo actio oritur[3]. »

Par là s'expliquent tout naturellement les deux particula-

[1] « Dominus membrorum suorum nemo videtur. » L. 15, D. *ad L. Aquil.*, IX, 2.

[2] Je n'ai pas à mentionner ici les droits de famille (d'agnat, de *suus*), qui ne sont pas garantis par des *actions* proprement dites, et qui, soumis d'ailleurs à des lois régulières, n'ont rien de commun avec les actions *anomales* dont je m'occupe ici.

[3] L. 5 § 5, D., *De his qui eff.*, IX, 3. Cf. L. 20 § 5, D., *De adq. her.*, XXIX, 2; L. 1 § 8, D., *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5; L. 28, D., *De injur.*, XLVII, 10; LL. 6, 10, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12. Ce même caractère *extra-pécuniaire* se retrouve dans les autres actions que je signalais plus haut (p. 518) comme se rapprochant de l'action *in bonum et æquum concepta*. Ainsi quand j'attaque comme *inofficieux* le testament d'un de mes proches, mon action est sans doute pécuniaire dans son but, puisque c'est une hérédité que j'ai en vue; mais elle ne l'est point dans son principe, car je n'ai sur cette hérédité aucun droit de propriété ni de créance : ce n'est pas un intérêt pécuniaire que j'invoque, c'est l'*officium*, c'est le devoir de famille méconnu par le testateur. L. 22, D., *De inoff. test.*, V, 2; L. 1 § 8, D., *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5.

rités que ces actions présentent et que je signalais tout à l'heure il est aisé de comprendre que, dans ces actions, le juge jouisse d'une latitude exceptionnelle et bien plus grande que dans les actions de bonne foi : car, dans les actions de bonne foi, il s'agit d'estimer un préjudice pécuniaire, il s'agit d'évaluer des choses vénales, dont la valeur est fixée par les usages du commerce et par le cours du marché; au contraire, dans les actions *in bonum et æquum conceptæ,* il s'agit surtout d'apprécier un préjudice moral. De même, il est tout naturel que des actions de cette nature soient des actions individuelles : puisqu'elles ne font pas partie du patrimoine, elles ne pourront pas faire partie de l'héritage ni par conséquent se transmettre aux héritiers[1]; de plus, elles ne se perdront pas avec le patrimoine, elles ne seront point atteintes par la *minor capitis minutio :* elles pourront appartenir même à celui qui n'a pas de patrimoine et qui est incapable d'en avoir, par exemple au fils de famille[2]. Toutefois, pour donner une idée complète du caractère complexe et ambigu de ces actions, il me reste un dernier trait à ajouter : j'ai déjà dit que, si ces actions ne sont pas pécuniaires par leur origine, elles le sont par leur résultat final; il en résulte que, bien qu'ayant pris naissance en dehors du patrimoine, elles finiront par y entrer le jour où, étant portées en justice, elles se rapprocheront de leur fin, qui est une condamnation en argent; à dater de ce moment, elles deviendront transmissibles et seront traitées, à tous égards, comme des droits pécuniaires. « In bonis nostris non computatur, » dit Ulpien en parlant de l'action d'injures, « *antequam litem contestemur*[3]. »

[1] L. 5 § 5, D., *De his qui eff.*, IX, 3 : « Quod in corpore libero damni datur, jure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium... » L. 10, D., *De sep. viol.*, XLVII, 12.

[2] L. 17 §§ 10-22, D., *De injur.*, XLVII, 10; L. 8, D., *De procur.*, III, 3; remarquez le rapprochement établi par ce texte entre l'action d'injures et l'action *rei uxoriæ*. — On peut encore signaler dans ces actions une troisième particularité. De ce qu'elles ne sont pas pécuniaires, il résulte que leur abandon n'est pas considéré comme une aliénation, ni leur perte comme un appauvrissement.

[3] L. 28, cf. L. 13, D., *De injur.*, XLVII, 10. Le moment où l'action devient pé-

Il s'agit maintenant d'appliquer ces idées générales à l'objet particulier de cette étude, et de montrer que l'action *rei uxoriæ*, tout comme l'action d'injures ou l'action *sepulchri violati*, est, dans son principe, une action *extra-pécuniaire*, « quæ in bonis non computatur. »

Pour connaître la nature de l'action dotale, il faut d'abord connaître la nature du droit qu'a la femme sur la dot. Je vais donc rechercher quel est ce droit, d'abord pendant la durée du mariage, ensuite quand le mariage est dissous[1].

Sur le premier point, les jurisconsultes romains s'expriment en des termes vagues et ambigus qui contrastent singulièrement avec leur précision habituelle. « Quamvis in « bonis mariti dos sit, » disent-ils, « mulieris tamen est... « Emolumenti potestatem (ejus) esse creditur. — In ejus « bonis esse dos intelligitur. — Mulier habet dotem. — Dos « ipsius filiæ proprium patrimonium est[2]. » La femme a-t-elle donc sur les biens dotaux un droit de propriété? Non assurément; car les textes les plus formels nous déclarent que le seul propriétaire de la dot c'est le mari[3]. A-t-elle du moins sur ces biens un droit de répétition et de créance, comme celui qu'a le prêteur sur le bien qu'il a prêté? S'il en était ainsi, les jurisconsultes romains avaient, pour désigner ce droit, une expression technique qui ne pouvait manquer de se rencontrer sous leur plume : *obligatio*. Or, il est fort remarquable qu'ils ont constamment évité d'employer ce mot, et que, lorsqu'ils nous présentent un tableau général des diverses causes d'obligation, la constitution de dot n'y figure

cuniaire est en général celui de la *litiscontestatio*, parfois aussi celui de la *præparatio litis* (LL. 6 § 2, 7, D., *De inoff. test.*, V, 2) ou de la *mora*.

[1] Dans cette recherche j'ai mis à profit, en les combinant et les modifiant, les idées ingénieuses, mais divergentes, émises par Savigny (*System.*, II, § 72, C), Bechmann (*op. cit.*, I, § 20) et Czyhlarz (*op. cit.*, p. 45).

[2] L. 75, D., *De J. D.*, XXIII, 3; L. 71, D., *De evict.*, XXI, 2; L. 4, D., *De colt. bon.*, XXXVII, 6; L. 43 § 1, D., *De adm. tut.*, XXVI, 7; L. 3 § 5, D., *De minor.*, IV, 4. Il faut remarquer sur cette dernière loi que le mot *patrimonium* en latin n'a point le sens précis et technique du mot *patrimoine* en français. Ce qui le prouve bien, c'est que ce mot s'applique ici à une *filiafamilias*, c'est-à-dire à une personne incapable d'avoir un patrimoine proprement dit.

[3] Gaïus, II, 63; L. 24, D., *De act. rer. amot.*, XXV, 2.

jamais[1]. Qu'est-ce donc que ce droit sur la dot, qu'on ne peut désigner, dans la plus précise de toutes les langues juridiques, que par des expressions vagues et détournées? Evidemment ce n'est pas un droit formel et précis; ce n'est pas un droit pécuniaire. Ce qui le prouve, c'est que la femme conserve ce droit bien qu'elle perde son patrimoine[2], c'est qu'elle possède ce droit bien qu'elle n'ait pas de patrimoine et soit incapable d'en avoir : « Dos ipsius *filiæfamilias* proprium patrimonium est. » C'est donc un droit en dehors du patrimoine, c'est un avantage de fait plutôt qu'un droit proprement dit, et un avantage moral plutôt que pécuniaire. Voici, en effet, en quoi cet avantage consiste : c'est grâce à sa dot que la femme s'est mariée, et c'est la conservation de cette dot qui assure le maintien du mariage et prévient le divorce ; or, le mariage, c'est le *consortium omnis vitæ,* c'est le *communicatio divini et humani juris*[3], c'est-à dire que la femme participe, dans le mariage, non-seulement à l'aisance ou aux richesses de son mari, mais à ses distinctions sociales, à ses priviléges, à ses dignités, et tous ces avantages matériels et moraux, c'est en définitive à sa dot qu'elle les doit.

Supposons maintenant que tous ces avantages soient ravis à la femme et lui soient ravis injustement : son mari l'a répudiée sans juste cause, ou il est mort sans lui laisser de legs. Il y a là pour la femme un préjudice, mais non pas un préjudice pécuniaire; ce n'est pas son patrimoine qui est atteint, car les avantages dont elle est privée étaient en dehors de son patrimoine. Ce préjudice est essentiellement personnel : il consiste surtout, aux yeux des jurisconsultes romains, en ce que la femme va se trouver, faute de dot, dans l'impossibilité de se remarier et de retrouver, dans une

[1] LL. 1-5, D., *De O. et A.,* XLIV, 7 ; Gaïus, III, 88 sqq. ; J., III, 13, § 2 sqq. Bechmann, *op. cit.,* I, p. 152 et suiv. cpr. cependant L. 19, D., *De J. D.,* XXIII, 3. Ce qui semble bien prouver que la créance de la femme n'a pas pour origine la *datio dotis* et n'existe pas encore durant le mariage, c'est que cette créance peut être augmentée par des pactes intervenus *constante matrimonio.* L. 1, D., *De pact. dot.,* XXIII, 4; cf. L. 7 § 5, D., *De pact.,* II, 14. Bechmann, II, p. 392.

[2] L. 5 § 1, D., *De bon. damn.,* XLVIII, 20.

[3] L. 1, D., *De R. N.,* XXIII, 2.

nouvelle union, les avantages de fait qu'elle a perdus. Or, si tel est le préjudice qui donne naissance à l'action *rei uxoriæ,* n'est-on pas forcé d'en conclure que cette action prend naissance en dehors du patrimoine, et par conséquent n'en fait pas partie? Ce qui le prouve, d'ailleurs, c'est que cette action appartient même à la *filiafamilias,* qui ne peut avoir de patrimoine, ou à la femme dont le patrimoine a été confisqué[1]. Cette action est donc de même nature que l'action d'injures et les actions semblables; comme ces actions, elle est pécuniaire dans son objet, puisqu'elle a pour objet les biens dotaux; mais, comme ces actions aussi, elle n'est point pécuniaire dans son origine et dans son principe; « in bonis non computatur. »

De là, les deux conséquences que j'ai déjà signalées et que je vais maintenant examiner de plus près : 1° l'action *rei uxoriæ* est essentiellement personnelle à la femme; 2° le juge de l'action *rei uxoriæ* jouit de pouvoirs exceptionnels.

I. L'action *rei uxoriæ* est essentiellement personnelle parce qu'elle est, comme l'action d'injures, la réparation d'un préjudice essentiellement personnel; il n'y a lésion, il n'y a action, que si la femme se sent lésée et si elle juge à propos d'agir. N'est-ce pas, en effet, à elle seule qu'il appartient de juger si la dot pourra ou non lui être utile pour se remarier un jour? En cas de divorce, n'est-ce pas elle seule qui peut apprécier s'il convient ou non de porter en justice des récriminations irritantes et des débats scandaleux? Enfin si elle devient veuve, n'est-ce pas encore elle seule qui doit opter entre la reprise de sa dot ou la continuation de la vie commune auprès de ses enfants dans la maison de son mari? Aussi l'action *rei uxoriæ* dépend-elle exclusivement de la volonté personnelle de la femme. Nul ne pourra l'intenter à sa place, pas même ses héritiers, pas même son père. Ces deux règles importantes exigent quelques mots d'explication.

1° L'action *rei uxoriæ* n'appartient point aux héritiers de

[1] L. 34 § 6, D., *De solut.*, XLVI, 3; L. 5 § 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20.

la femme : elle est intransmissible, ou du moins elle ne devient transmissible que du jour où elle devient pécuniaire, où elle entre dans le patrimoine de la femme. Si l'on appliquait ici les règles de l'action d'injures, il faudrait décider que l'action ne devient pécuniaire et transmissible que lorsqu'elle est portée en justice, lorsqu'il y a *lis contestata*[1]. Mais les jurisconsultes romains, considérant sans doute que des poursuites judiciaires contre le mari ou ses héritiers pourraient répugner à la femme, ont admis que ces poursuites pourraient être remplacées par une simple mise en demeure[2]. Cet effet de la mise en demeure, quelque exceptionnel qu'il soit, n'est cependant qu'une extension assez rationnelle des principes généraux; les principes veulent, en effet, que tout préjudice résultant de la *mora* soit réparé, et que les parties soient remises dans le même état que si, au moment même de la mise en demeure, il y avait eu paiement effectif; or, s'il y avait eu paiement, restitution des biens dotaux, ces biens seraient entrés dans le patrimoine de la femme et auraient passé à ses héritiers.

2° L'action *rei uxoriæ* n'appartient pas non plus au père de la femme, si celle-ci est sous la puissance paternelle, ou du moins le père ne peut intenter cette action que si la fille y consent. La *filiafamilias* a donc sur la dot un droit qui lui est propre : il y a, disent les textes, une sorte de *communio dotis* entre le père et la fille[3]. Que faut-il entendre par là? Quelle est au juste, dans cette *communio*, la part de la fille et celle du père? Sur ce point délicat, la doctrine des jurisconsultes romains peut se résumer, je crois, dans les trois règles que voici.

Tant que le droit de la femme sur la dot n'a pas été réalisé et transformé par là en valeur pécuniaire, tant qu'il n'y a pas eu paiement, novation, délégation, *litis contestatio*

[1] LL. 13, 28, D., *De injur.*, XLVII, 10. Pour la *querela inofficiosi testamenti*, il suffit qu'il y ait *lis præparata*. L. 7, D., *De inoff. test.*, V, 2.

[2] Ulpien, VI, 7; *Fragm. Vatic.*, 112.

[3] LL. 3, 22 § 1, D., *Sol matr.*, XXIV, 3 : « Dos communis est patris et filiæ. » — L. 34 § 6, D., *De solut.*, XLVI, 3 : « In causam dotis particeps quasi socia obligationis patri filia est. »

ou acte équivalent, ce droit sur la dot appartient à la fille et rien qu'à la fille. Ce qui le prouve, c'est que, si la fille, antérieurement à l'un de ces actes, vient à sortir de la *patria potestas*, l'action *rei uxoriæ* suivra la fille : le père n'aura plus rien à y voir[1].

Dès que le droit sur la dot se réalise et se convertit en un droit pécuniaire, il entre dans le patrimoine du père de famille et n'appartient plus qu'à lui seul. Ce qui le prouve, c'est que, si ce patrimoine est ensuite confisqué, l'action *rei uxoriæ* est comprise dans la confiscation[2].

L'acte par lequel le droit sur la dot se convertit en argent et passe de la tête de la fille sur celle du père, ne peut s'accomplir que de leur consentement à tous deux ; car il les intéresse également l'un et l'autre[3]. C'est en ce sens que les textes disent : « Dos est communis patris et filiæ. » Elle leur est commune en ce qu'ils ne peuvent la réaliser et en disposer qu'en agissant en commun.

Cette *communio dotis*, qui exprime si bien la nature mixte et complexe de l'action *rei uxoriæ*, présentait en même temps, au point de vue pratique, de précieux avantages. Dans l'ancien droit, le père avait le droit, en vertu de sa puissance paternelle, de prononcer le divorce entre sa fille et son gendre[4] ; or, il était à craindre qu'un père cupide

[1] LL. 42 *pr.*, 66 § 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3 ; L. 14 *pr.*, D., *ad L. Falc.*, XXXV, 2 ; LL. 8, 9, D., *De cap. min.*. IV, 5. Si la fille vient à mourir avant que la dot ait été restituée ou réclamée, le père survivant aura l'action *rei uxoriæ* pour la dot *profectice*, tout comme si sa fille était morte *constante matrimonio*. L. 25, D., *Ratam rem*, XLVI, 8 ; Cujas, *ad h. l.* (*Opp.*, t. I, col. 1405, éd. Fabrot).

[2] L. 10 § 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20. On pourrait opposer la L. 31 § 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3, d'après laquelle, si le père vient à mourir après avoir intenté l'action *rei uxoriæ*, l'action *judicati* appartiendra à la fille et non aux héritiers du père ; mais tout s'explique si l'on remarque que, dans l'espèce de cette loi, ce n'est pas le père qui agit, mais un *procurator* : or on sait que la *litis contestatio* engagée avec le *procurator* ne *consommait* pas le droit du *dominus litis* ; donc la *litis contestatio*, dans notre espèce, n'a point consommé et réalisé le droit de la femme sur la dot, et la femme est devenue *sui juris* par la mort de son père avant la réalisation de ce droit. Cpr. Czyhlarz, *op. cit.*, p. 307.

[3] LL. 2 §§ 1 et 2, 3, 22 § 5, 66 § 2, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3 ; L. 10 § 1, D., *De bon. damn.*, XLVIII, 20.

[4] Ennius, *Tragœd.*, v. 155 sqq. (éd. Vahlen, p. 108) ; Afranius, v. 52 sqq. (éd. Ribbeck, *Commic. fragm.*, p. 147).

n'abusât de son droit et ne rompît une union heureuse et bien assortie dans le seul but de se faire rendre et de s'approprier la dot. Un tel abus était intolérable : la République était intéressée à consolider les mariages; il ne fallait pas que les pères de famille fussent intéressés à les dissoudre. Aussi décida-t-on que, si le père pouvait prononcer le divorce sans l'aveu de sa fille, il ne pourrait du moins redemander la dot sans son aveu. Plus tard, sous les Antonins, le législateur, faisant un pas de plus dans la même voie et portant une nouvelle atteinte à l'autorité paternelle dans l'intérêt des mariages, décida que le consentement de la fille serait nécessaire pour le divorce aussi bien que pour la répétition de la dot[1].

II. L'action *rei uxoriæ* n'étant pas la sanction d'un droit pécuniaire, il en résulte, en second lieu, que son objet est indéterminé et dépend, dans une large mesure, de la libre appréciation du juge. Cet objet, ce n'est pas précisément la dot, c'est une portion indéterminée de la dot, la portion qui paraîtra équitable au juge, « quod æquius melius est apud virum non manere[2]. »

Pour déterminer cette portion de la dot, le juge disposait à l'origine d'un pouvoir sans limites. Il n'avait d'autres règles à suivre que l'équité, les convenances, les bonnes mœurs. « Après le divorce, » disait Caton, « le juge fait l'office de censeur, il statue comme bon lui semble. » Mais l'on ne tarda pas à sentir les dangers d'un tel arbitraire : la restitution de la dot, je l'ai déjà dit, prit peu à peu le caractère d'une institution d'intérêt public, et dès lors on ne pouvait plus la laisser à la discrétion de juges qui n'étaient que de simples particuliers. Le législateur intervint, et une loi, restée inconnue[3], fixa, par des règles précises, la portion

[1] LL. 1 § 5, 2, D., *De lib. exhib.*, XLIII, 30; Paul, *Sent.*, V, 6, § 15.

[2] Boëce, *loc. cit.* : « ...ut quod ex dote judicatum fuisset melius æquius esse ut apud virum maneret, id vir sibi retineret; quod vero non esset æquius melius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet. »

[3] La loi *Mœnia*, d'après M. Voigt, *Die L. Mœnia de dote v. Jahre* 568 *der Stadt.* Voyez à ce sujet le compte rendu que j'ai publié de cet écrit dans la *Revue critique d'histoire et de littérature*, n° du 25 avril 1868.

de biens dotaux que le mari pourrait *retenir*. C'est là ce que les jurisconsultes ont appelé les *retentiones ex dote,* institution assez compliquée et dont le caractère tout spécial est parfois mal compris.

Aux yeux de certains interprètes, les *retentiones* ne seraient, du moins pour la plupart, qu'une application toute particulière des principes généraux sur la compensation : le mari serait débiteur envers la femme de la dot tout entière et n'en pourrait déduire que ce dont la femme serait débitrice envers lui. Mais ce qui prouve bien que la compensation et les *retentiones* sont deux choses fort différentes, c'est que Justinien, qui n'a point aboli la compensation, même en matière dotale[1], a aboli les *retentiones* qui, tenant à la nature de l'action *rei uxoriæ,* devaient disparaître avec elle[2]. Qu'est-ce, en effet, que ces *retentiones?* C'est la détermination légale du *quid æquius melius est ex dote reddi.* En les établissant, la loi n'a fait que marquer d'une façon plus précise la limite naturelle où s'arrêtait le droit de la femme, droit qui, n'ayant pour fondement que l'équité, devait avoir aussi l'équité pour mesure. Si donc le mari *retenait* une partie de la dot, ce n'était point en vertu de quelque créance qu'il aurait eue contre la femme, c'était en vertu de l'ancien principe qui lui conférait sur la dot un droit perpétuel, principe dont on ne voulait se départir que dans la mesure exigée par l'équité. Tel était le caractère, non-seulement des *retentiones propter liberos,* mais aussi, je crois, de la *retentio propter impensas :* en améliorant le bien dotal, qui était son bien propre, le mari faisait sa propre affaire et non celle de sa femme ; il n'acquérait donc aucune créance contre celle-ci[3]. Il est deux autres cas, j'en conviens (*retentio propter res donatas et amotas*), où la loi donnait au mari, à côté du droit de rétention, une action ; mais il est fort probable que ces deux

[1] Il en est fait mention dans plusieurs textes (LL. 7 § 5, 15 § 1, 68 § 1, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3; L. 1, C., *Rer. amot.*, V, 21), d'autant plus significatifs que le mot *compensatio* n'est probablement qu'une interpolation des compilateurs. Dernburg, *Compensation*, p. 167 (2e éd.).

[2] L. *un.* § 5, C., *De act. rei uxor.*, V, 13.

[3] Bechmann, *op. cit.*, II, p. 258; Czyhlarz, *op. cit.*, p. 346.

actions sont de date plus récente que les *retentiones* auxquelles elles correspondent[1]; car une fois ces actions introduites, les rétentions correspondantes perdirent à peu près toute utilité pratique, si bien que Justinien, en les supprimant, ne supprima que « de vains mots[2], » et ne changea presque rien au fond même de la législation.

Ainsi nous retrouvons encore dans les *retentiones ex dote* l'idée primitive de la perpétuité de la dot. Mais nous la retrouvons déjà altérée et amoindrie. Indiquer quelles parties de la dot le mari peut retenir, n'est-ce pas supposer qu'en principe il doit rendre la dot tout entière? Et en effet, bien que la restitution de la dot eût continué à n'être en théorie que l'exception, en fait elle était peu à peu devenue la règle. Cette règle dut paraître surtout juste et raisonnable le jour où les enfants, succédant à leur mère comme à leur père, n'eurent plus aucun intérêt à ce que leur père retînt la dot. Dès ce jour, la *retentio dotis,* n'étant plus que dans l'intérêt personnel du mari, fut pour lui un gain, un *lucrum,* et c'est ainsi que les jurisconsultes romains la qualifièrent : « Dotem lucratur; lucrum ex dote retinet[3]. » S'exprimer ainsi, c'était faire entendre que cette rétention avait cessé d'être équitable et qu'elle devait être abolie. Elle le fut en effet; l'action *rei uxoriæ* fit place à une action nouvelle, et l'on va voir comment cette transformation du régime dotal se prépara et s'accomplit.

L'action *rei uxoriæ* devait finir comme elle avait commencé : c'était, on s'en souvient, l'usage des *cautiones dotis* qui lui avait donné naissance; c'est ce même usage qui devait amener sa fin. En effet, malgré l'introduction de l'action *rei uxoriæ*, ces *cautiones* n'avaient pas cessé d'être fort utiles et par suite fort pratiquées. La femme ne stipulait plus

[1] *Arg. a* § 302, *Fragm. Vatic.;* LL. 1, 2, 8, D., *De act. rer. am.,* XXV, 2. Quant à l'*actio de moribus,* ce n'était probablement à l'origine, qu'un *præjudicium.* Keller, *Instit.,* p. 186.

[2] L. *un.* § 5, C., *De rei uxor. act.,* V, 13 : « Taceat in ea retentionum verbositas. »

[3] LL. 16, 20 § 1, 30 § 1 D., *De relig.,* XI, 7; L. 10 § 1, D., *Sol. matr.,* XXIV, 3; L. 11 § 4, D., *Q. falso tut.,* XXVII, 6; L. 2, D., *De dote præl.,* XXXIII, 4; L. 11 § 3, D., *ad L. J. de adult.,* XLVIII, 5.

sans doute suivant l'ancienne formule : « Quidquid æquius melius est ex dote reddi; » elle stipulait tout simplement « la restitution de la dot à la dissolution du mariage[1], » et par là elle se procurait une action bien plus avantageuse que l'action *rei uxoriæ,* car c'était une action pécuniaire, transmissible, exempte de toutes restrictions et retenues, en un mot une *condictio;* l'action de la femme, en ce cas, était la même que celle d'un prêteur, et l'on peut dire que les biens dotaux n'était plus *donnés,* mais *prêtés* au mari. Telles étaient les modifications profondes que la *cautio dotis* faisait subir au régime dotal tel que l'avait réglé l'ancienne loi, et ces modifications répondaient aux changements qui se produisaient, sous l'Empire, dans l'état général de la société romaine. Je rappelais tout à l'heure que, depuis le sénatus-consulte Orphitien, l'utilité de la dot se limitait à la durée du mariage, et l'on sait combien cette durée était courte dans un temps où, suivant l'expression d'un ancien, « l'on ne se mariait que pour divorcer[2]. » Il est évident qu'à cette époque la destination de la dot avait cessé, en fait sinon en droit, d'être perpétuelle; il est évident que la femme, en apportant ses biens au mari, entendait, non les lui abandonner, mais les lui prêter. Il est donc probable que la clause de stipulation, si usitée d'ailleurs dans toute espèce de contrat, finit par devenir une clause habituelle dans tous les contrats de mariage; et cette clause répondait si bien à l'intention vraisemblable des parties et à leurs véritables intérêts, que Justinien crut devoir la sous-entendre lorsqu'elle n'était pas formellement exprimée[3]. Ainsi disparut l'ancienne action *rei uxoriæ;* en la remplaçant par une *condictio,* Justinien ne fit que suivre l'usage; et quelque importante que fût en théorie cette réforme qui rendait la dot *temporaire* et faisait de la *datio dotis* un simple prêt, il est fort probable qu'en pratique elle passa presque inaperçue.

[1] Bechmann, *op. cit.,* I, p. 116 et suiv.

[2] Tertullien, *Apolog.*, 6.

[3] L. *un.* § 1, C., *De rei uxor act.,* V, 13 : « ... Quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis... »

Mais le législateur ne pouvait s'arrêter là : cettte première réforme dans le régime dotal en entraînait une seconde, plus importante encore, et qui va faire l'objet de la dernière partie de cette dissertation.

III.

L'ancienne maxime *dotis causa perpetua est,* dont toute cette étude n'est que l'explication et le commentaire, va nous occuper encore à un nouveau point de vue. De cette maxime découlaient, à l'origine, deux conséquences bien distinctes : la femme ayant abandonné ses biens dotaux, non pour un temps, mais pour toujours, il en résultait qu'elle n'avait plus sur ces biens, ni aucun droit de propriété, ni aucun droit de créance. Une double réforme était donc nécessaire pour que le régime dotal devînt ce qu'il est aujourd'hui : il fallait que la femme devînt créancière des biens dotaux, il fallait qu'elle en devînt propriétaire.

On vient de voir comment la première de ces deux réformes s'est progressivement accomplie. D'abord est venue une action exceptionnelle et extra-pécuniaire, l'action *rei uxoriæ;* puis une action régulière, l'action *ex stipulatu.* Dès lors, la *datio dotis* est devenue une sorte de prêt, et la femme n'a perdu la propriété des biens dotaux que pour acquérir sur ces biens un droit de créance.

Cette première réforme contenait en germe la seconde. Une fois constitué débiteur des biens dotaux, le mari devait cesser d'en être propriétaire, c'était une nécessité logique, car il est illogique et contradictoire de considérer comme ayant un droit de propriété, c'est-à-dire un droit perpétuel, celui qui n'a reçu des biens que pour un temps et sous l'obligation de les rendre. En d'autres termes, déclarer le mari débiteur des biens dotaux, c'était abroger l'ancien principe de la perpétuité de la dot, et dès lors les deux conséquences de ce principe devaient tomber l'une après l'autre.

Ainsi le voulait la logique, mais la logique et les lois po-

sitives ne vont pas toujours d'accord, et il faut bien convenir qu'ici la jurisprudence romaine n'a pas osé suivre la logique jusqu'au bout. Elle s'est arrêtée à moitié chemin, balancée entre deux influences contraires. D'un côté, c'étaient les antiques traditions de Rome, qui voulaient que le *paterfamilias* fût maître de la dot comme il était maître de la famille. D'autre part, c'était l'exemple des Grecs dont les lois, appliquées par les magistrats romains eux-mêmes dans les provinces grecques de l'Empire, attribuaient la propriété de la dot, non pas au mari, mais à la femme [1]; c'était dans Rome même la tranformation de l'ancienne constitution de la famille, qui nécessitait une transformation correspondante de l'ancien régime dotal. Ce conflit d'influences opposées se dénoua par une de ces transactions dont la jurisprudence romaine offre tant d'exemples : les anciens principes furent maintenus en théorie, ils furent amendés ou éludés dans l'application. Le droit de la femme sur la dot resta, en principe, un simple droit de créance; mais ce droit de créance fut renforcé de tant de priviléges et de garanties qu'il finit par équivaloir, en fait, à un droit de propriété. L'on va voir comment ce système complexe et bizarre, ébauché d'abord par la jurisprudence classique, a ensuite trouvé son expression complète dans les lois de Justinien.

I. Depuis le commencement de l'Empire, depuis le moment où la corruption des mœurs rendit la conservation des dots à la fois plus difficile et plus nécessaire, le but constant que poursuivit la jurisprudence romaine, ce fut de garantir la femme, créancière des biens dotaux, contre tous les risques auxquels un droit de créance est naturellement exposé.

[1] On en a la preuve dans l'édit de Tiberius Julius Alexander, gouverneur d'Égypte, de l'an 68 (§ 5, Hænel, *Corpus legum*, p. 269) : « ... Comme les biens dotaux *n'appartiennent point au mari* qui les a reçus, le divin Auguste et mes prédécesseurs ont ordonné que le fisc, créancier du mari, rendît ces biens à la femme. — Τάς μὲν γὰρ προῖκας ἀλλοτρίας οὔσας καὶ οὐ τῶν εἰληφότων ἀνδρῶν, καὶ ὁ θεὸς Σεβαστὸς ἐκέλευσεν καὶ οἱ ἔπαρχοι ἐκ τοῦ φίσκου ταῖς γυναιξὶν ἀποδίδοσθαι... Bechmann, *op. cit.*, I, p. 111 et suiv.; cpr. Caillemer, *La restitution de la dot à Athènes*, p. 10 et suiv.

Chacun sait combien un droit de créance est fragile; il dépend de la solvabilité d'un débiteur, qui peut à chaque instant se rendre insolvable, et cela de deux manières différentes : soit en aliénant ses biens, soit en contractant de nouvelles dettes. La femme, créancière de la dot, se trouvait exposée à ce double danger; aussi le législateur eut-il soin d'établir pour elle une double garantie : d'un côté, la loi *Julia* empêcha le mari de dissiper la dot par des aliénations; de l'autre, un *privilége* attaché à la créance dotale empêcha le mari de dissiper la dot en faisant des dettes. Ces deux mesures, qui se complétaient l'une l'autre, exigent chacune quelques mots d'explication.

La loi *Julia de adulteriis,* portée sous Auguste [1], défendit au mari d'aliéner ou d'hypothèquer les biens dotaux les plus précieux, c'est-à-dire les immeubles. C'était déjà une réforme importante, mais dont il ne faut pas cependant exagérer la portée. Remarquez que le législateur adressait la défense d'aliéner au mari et non à la femme [2], ce qui montre bien qu'à ses yeux le mari était toujours le seul propriétaire de la dot. La femme restait donc réduite à une simple créance, à une simple action personnelle, et l'inaliénabilité du fonds dotal n'était qu'une garantie et qu'un accessoire de cette action [3]. Ici cependant une objection se présente : on rencontre quelques textes qui semblent accorder à la femme le droit de revendiquer, après le mariage, le fonds dotal indûment vendu par le mari [4]. Comment peut-elle le revendiquer si elle n'en est pas propriétaire? Voici l'explication bien simple de cette difficulté. Le mari, qui s'était indûment dessaisi du fonds dotal, avait une action en revendication pour le reprendre, et cette action constituait elle-même

[1] Paul, *Sent.,* II, 21 b. § 2; L. 1, D., *ad L. J. de adult.,* XLVIII, 5.

[2] Gaius, II, 63.

[3] L. 3 § 1, D., *De fundo dot.,* XXIII, 5 : « Toties non potest alienari fundus quoties mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. »

[4] La loi 77 § 5, D., *De L.,* 2°, XXXI, suppose évidemment une action intentée par la femme contre le tiers acquéreur du fonds dotal. Bechmann, *op. cit.,* II, p. 461. Voyez aussi L. 13 § 3, D., *De fundo dot.,* et Demangeat, *Du fonds dotal,* p. 332.

une valeur dotale, que la femme pouvait se faire restituer avec les autres biens dotaux. Si le mari se refusait à faire cette cession de bonne grâce, il est probable que le magistrat, comme dans d'autres cas analogues, ne tenait pas compte de ce refus, et autorisait la femme à intenter la revendication *utiliter,* comme si cette action lui avait été cédée. Mais que la cession fût réelle ou fictive, toujours est-il que la femme revendiquait comme cessionnaire, c'est-à-dire comme représentant, comme procureur fondé du mari. Elle revendiquait en disant non pas : « Ce fonds est à moi, » mais : « Ce fonds est à mon mari. » Voilà comment elle revendiquait, bien qu'elle ne fût point propriétaire; cette revendication n'était pour elle qu'une sûreté et un accessoire de sa créance, à peu près comme une action hypothécaire[1]; de même qu'un créancier qui aurait hypothèque sur l'objet même de sa créance, la femme pouvait suivre, entre quelques mains qu'il passât, le fonds qui lui était dû.

Mais quelque utile que fût cette première réforme, elle était encore insuffisante. Il ne suffisait pas de protéger la femme contre les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires du mari : il fallait la protéger encore contre les créanciers chirographaires, car autrement ceux-ci seraient venus concourir avec la femme sur le fonds dotal lui-même, et auraient ainsi détourné à leur profit le bénéfice de la loi Julia qui n'avait point été faite pour eux. La femme obtint donc pour sa créance dotale un *privilége,* c'est-à-dire un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers chirographaires du mari. Ce privilége présentait une particularité fort remarquable. On sait que, en droit romain, les priviléges n'impliquaient aucun droit réel; aussi portaient-ils, non sur tel ou tel bien du débiteur, mais sur l'ensemble de son patrimoine. Au contraire, le privilége de la femme, tout en portant sur tous les biens du mari, frappait, ce semble, plus spécialement et avec plus de force les biens dotaux et les biens acquis avec des deniers dotaux[2]. Les textes, sur ce

[1] Jhering, *Jahrbücher für die Dogmatik*, t. I, p. 130.

[2] Ainsi, quand l'action dotale s'exerçait *de peculio* contre le père du mari, la

point, sont trop obscurs et trop rares pour qu'il soit permis de rien préciser. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que ce privilége, quelle qu'en fût l'énergie, ne pouvait être, comme tous les priviléges, que l'accessoire d'un simple droit de créance.

On doit comprendre maintenant comment ces deux mesures de protection se complétaient l'une l'autre, et comment, à elles deux, elles prêtaient à la créance dotale toute la solidité d'un droit réel. Grâce à sa revendication utile, la femme était protégée contre les aliénations du mari ; grâce à son privilége, elle n'avait plus à craindre les dettes que le mari pourrait contracter. Elle avait à la fois droit de suite et droit de préférence. Elle avait, en un mot, presque tous les avantages de la propriété, et cependant elle n'était point propriétaire, car sa revendication utile tout comme son privilége n'étaient, nous le répétons, que des moyens de faire valoir sa créance, des accessoires de sa créance ; elle n'était donc que créancière, et le seul propriétaire de la dot, c'était toujours le mari.

II. Tels étaient les principes sous l'ancienne jurisprudence, tels ils sont encore sous Justinien. Les réformes de ce prince à cet égard n'ont pas, si je les comprends bien, toute l'importance que bien des interprètes leur attribuent. Ces réformes portent, non sur le droit même de la femme, mais sur les accessoires de ce droit : ces accessoires, tels que priviléges et hypothèques, se renforcent et se multiplient ; mais le droit principal lui-même reste ce qu'il a toujours été, un simple droit de créance.

Ces réformes sont au nombre de trois : en l'an 529, la loi 30, C., *De jure dotium* (V, 12), renforce le privilége de la femme dont j'ai parlé tout à l'heure ; en l'an 530, la loi unique, C., *De rei uxoriæ actione* (V, 13) confère à la femme une hypothèque légale ; en l'an 531, la loi 12, C., *Qui po-*

femme était préférée au père, mais sur les *res dotales* seulement. L. 22 § 13, D., *Sol. matr.*, XXIV, 3 ; cpr. la loi 54, D., *De J. D.*, XXIII, 3, et les interprétations divergentes de Pellat, *Textes sur la dot*, p. 244 ; Bechmann, *op. cit.*, II, p. 463, Czyhlarz, *op. cit.*, p. 409.

tiores (VIII, 18), unit l'hypothèque au privilége et en fait une hypothèque privilégiée. Or un privilége, une hypothèque, une hypothèque privilégiée, ne sont et ne peuvent être que des accessoires d'un droit de créance, et c'est là, comme je vais le prouver, tout ce que ces trois lois ont établi.

A. — Je dis d'abord que la loi 30, C., *De jure dotium,* ne fait qu'étendre et compléter le privilége de la femme. Voici ce que ce privilége avait d'incomplet : n'étant qu'un simple droit personnel, il ne pouvait être opposé qu'aux créanciers chirographaires du mari, non à ses créanciers hypothécaires. Sans doute, si la dot consistait en immeubles, la femme n'avait rien à redouter, car son privilége alors se trouvait complété par la loi Julia, qui défendait d'hypothéquer le fonds dotal. Mais si la dot était mobilière et que le mari eût hypothéqué les meubles dotaux, la femme n'était plus protégée, ni par la loi Julia, qui ne pouvait s'appliquer aux meubles, ni par son privilége, qui ne pouvait s'opposer aux créanciers hypothécaires. Il y avait donc là une lacune dans le système de garanties établi par la loi, et c'est cette lacune que vient combler notre loi 30 :

« In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive æstimatæ sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus; et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare ; cum eædem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio; non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est; volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere; ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur. »

Dans ce texte difficile, il faut, je crois, distinguer tout

d'abord deux parties bien différentes : la première, qui finit aux mots *per hypothecam vindicare,* contient ce que j'appellerai le dispositif de la loi; la seconde, qui commence aux mots *cum eædem res,* n'en contient que les motifs.

La première partie, prise en elle-même et isolée de la seconde, ne présente pas, ce me semble, de grandes difficultés d'interprétation. Le droit conféré à la femme y est bien nettement défini : c'est une *prærogativa*[1], c'est-à-dire une simple priorité de rang. Cette prérogative ne s'exerce que sur les biens qui sont encore dans le patrimoine du mari, et non sur les biens aliénés[2]; elle ne s'exerce que contre les créanciers chirographaires ou hypothécaires du mari et non contre les tiers-détenteurs[3]. Il n'y a là bien évidemment qu'un droit de préférence, un privilége, et jusqu'ici nous ne voyons apparaître pour la femme ni droit d'hypothèque ni droit de propriété.

Or, ce que Justinien n'a point accordé à la femme dans la première partie de cette loi, il ne lui a point accordé non plus dans la seconde; car cette seconde partie, si je la comprends bien, a pour but, non d'ajouter quelque chose à la première, mais seulement de la motiver et de la justifier. Justinien, on le sait, s'est toujours complu dans ces amplifications plus pompeuses que solides, où, quittant le rôle du législateur pour prendre celui de l'interprète, il exalte les mérites de ses lois. Notre loi 30 avait grand besoin d'une apologie de ce genre : donner à un privilége le pas sur des hypothèques, c'était une nouveauté sans précédent, et qui, au point de vue doctrinal, soutenait difficilement la critique : car n'était-il pas étrange et contradictoire de voir la femme

[1] « Prærogativa in vindicandis... » Sur le sens très-élastique du mot *vindicare*, cpr. LL. 24, D., *De tut. dat.*, XXVI, 5; 1 § 10, D., *De mag conv.*, XXVII, 8; 7, D.. *De legation.*, L, 7; et Brisson, *De verb. sign., h. v.*

[2] « In rebus... *si tamen exstant.* » Les mots *res extantes*, dans la langue du Code, sont opposés aux mots « res *dissipatæ* vel consumtæ » (L. 12 § 1, C., *Qui pot.*, VIII, 18), « res *alienatæ* vel consumtæ. » L. 6 § 3, C., *De sec. nupt.*, V, 9. — Czyhlarz, *op. cit.*, p. 413.

[3] « ...Neminem *creditorum* mariti qui anteriores suunt posse sibi potiorem causam ... »

l'emporter sur tous les créanciers hypothécaires, sans avoir elle-même ni hypothèque ni aucun droit réel? Justinien s'efforce d'expliquer cette anomalie de la façon suivante : « Sans doute, si l'on se place au point de vue légal et qu'on raisonne subtilement, il faut dire que le mari est seul propriétaire de la dot (« legum subtilitate, transitus in patrimonium mariti videtur fieri ; ») mais si l'on se place au point de vue pratique, si l'on regarde à la réalité des choses (*rei veritas*), l'on reconnaîtra que la dot, établie dans l'intérêt de la femme, n'a jamais cessé en fait de lui appartenir. On peut donc considérer la femme comme ayant conservé sur les biens dotaux une sorte de domaine, non pas légal, mais naturel et de fait (« res naturaliter in ejus permanserunt dominio, ») et lui permettre de prélever ces biens sur la masse *comme* s'ils étaient restés sa propriété (« volumus eam in rem actionem in hujusmodi rebus *quasi propriis* habere. ») Cette fiction est assurément fort légitime, puisqu'elle n'est, comme toutes les autres fictions romaines, qu'un détour pour échapper à la subtilité du droit et revenir à l'équité. L'on peut encore, par une autre voie détournée, arriver au même but : l'on peut considérer la femme comme ayant sur les biens dotaux une hypothèque antérieure à toutes les autres. Peu importe à laquelle de ces deux fictions on ait recours, peu importe que l'on qualifie l'action dotale de revendication ou d'action hypothécaire. Ce qu'il faut, c'est que, par une voie ou par l'autre, l'on arrive à procurer à la femme une complète sécurité; « per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur[1]. »

Cette interprétation de la loi 30 s'écarte, j'en conviens, de l'opinion commune. D'après la plupart des interprètes, la seconde partie de cette loi contiendrait, non pas de simples considérations théoriques, mais des dispositions posi-

[1] Je n'analyse pas la fin de la loi 30, qui s'écarte de l'objet de cette étude. Je remarquerai seulement que le mot *usucapio* ici, tout comme le mot *vindicare* au commencement, n'est point pris dans son sens technique et habituel. Cujas, *ad L.* 12, D., *De fundo dot.* (*Opp.*, t. IV, p. II, col. 675).

tives, par lesquelles Justinien, bouleversant de fond en comble les anciens principes, conférerait à la femme, sur les biens dotaux, et un véritable droit d'hypothèque et un véritable droit de propriété. Ces deux assertions me paraissent aussi inadmissibles l'une que l'autre.

Ce n'est point une véritable hypothèque que la loi 30 donne à la femme. Cette hypothèque, la femme ne l'a obtenue qu'un an plus tard, par la loi unique *De rei uxoriæ actione*[1], qui, loin de se référer à la loi 30, présente l'hypothèque de la femme comme une création sans précédent. Si Justinien eût voulu créer cette hypothèque légale lorsqu'il rédigeait la loi 30, il ne se fût pas contenté, pour annoncer une innovation de cette importance, de glisser dans une phrase diffuse le mot *hypothecaria*.

Si ce n'est pas une hypothèque que la loi 30 donne à la femme, sera-ce la propriété des biens dotaux? Pour le prétendre, il faudrait soutenir de deux choses l'une : ou que les biens dotaux n'ont jamais été la propriété du mari, ou qu'ils ont de plein droit cessé de l'être à la fin du mariage; or ces deux thèses me semblent, l'une comme l'autre, bien difficiles à défendre. Dira-t-on, en s'attachant à quelques expressions équivoques de la loi 30, que la dot n'est jamais réellement entrée dans le patrimoine du mari? Mais ce serait s'inscrire en faux contre cent textes formels du Digeste, des Institutes et du Code[2]. Essaiera-t-on alors de soutenir que la propriété du mari sur la dot n'est qu'une propriété résoluble et qui fait retour à la femme sitôt que le mariage se dissout? Mais les textes comme les principes repoussent une telle interprétation. Les textes : notre loi parle, non d'un domaine que la femme *recouvre*, mais d'un domaine qu'elle *conserve* : « Eædem res et ab initio uxoris fuerunt, et naturaliter in ejus *permanserunt* dominio. » — Les principes : c'est, en effet, un principe élémentaire que le droit de propriété, étant de son essence un droit absolu, est par là même un droit perpétuel. On peut concevoir une propriété condi-

[1] En l'an 530. La loi 30, C., *De J. D.* est de l'an 529. Czylharz, *op. cit.*, p. 418.
[2] Voyez *Pr., J., q. alien. licet,* II, 8; L. 23, C. *De J. D.,* V, 12, etc.

tionnelle, on ne peut concevoir une propriété temporaire. Si vous me transférez votre bien sous cette clause qu'il cessera de m'appartenir si je meurs avant vous, j'acquiers par là une propriété conditionnelle, car il est possible que je vous survive et qu'ainsi votre bien me reste à toujours, et c'est parce que mon droit a des chances de durer toujours qu'on peut le considérer dès à présent comme un droit de propriété ; mais si vous me cédez votre bien pour cinq ans ou pour un terme quelconque, ce n'est point la propriété que vous me cédez : le bien n'a pas cessé de vous appartenir, puisque vous ne vous en êtes dessaisi un instant qu'avec la certitude de le reprendre. Or la dissolution du mariage n'est pas une condition mais un terme, puisqu'elle ne peut manquer d'arriver tôt ou tard. Dire que le mari est propriétaire de la dot, mais seulement tant que dure le mariage, c'est dire qu'il est propriétaire *ad tempus*, ce qui est une contradiction et un non-sens.

Ce n'est pas tout : les objections se multiplient à mesure qu'on examine de plus près le texte de la loi 30. Dès les premières lignes de ce texte, Justinien a soin de rejeter catégoriquement toute distinction entre les meubles et les immeubles, entre les choses estimées et non estimées [1]. Prétendrait-on que la femme peut revendiquer jusqu'aux meubles dotaux, jusqu'aux biens dotaux estimés? Ce serait effacer toutes les distinctions de la loi Julia, que Justinien a expressément confirmées [2]; ce serait mettre à néant le *contrat d'estimation* que Justinien a expressément consacré [3]. Évidemment, si la femme n'a qu'un seul et même droit sur les choses estimées ou non estimées, ce ne peut être qu'un droit de créance et non un droit de propriété.

Ce n'est donc pas, on le voit, cette fameuse loi 30 qui a abrogé l'ancien principe et transporté du mari à la femme la propriété des biens dotaux. Ce ne sont pas non plus les

[1] L. 30, C., *De J. D.* : « In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus... sive æstimatæ sive inæstimatæ sint... »

[2] L. *un.*, § 15, C., *De rei uxor. act.*, V, 13.

[3] L. *un.*, § 9, C., *eod. tit.*

deux autres lois ultérieures. Quelques mots suffiront pour le prouver.

B. — La loi 30 présentait, on vient de le voir, une singulière anomalie : elle accordait à la femme la préférence sur les créanciers hypothécaires, sans lui accorder une véritable hypothèque. La loi *un.*, C., *De rei ux. act.*, V, 13, vint faire disparaître cette bizarrerie, en conférant à la femme une hypothèque tacite. Grâce à cette hypothèque, qui portait sur les meubles dotaux comme sur les immeubles, la femme put suivre le meuble dotal aliéné par le mari et agir contre le tiers acquéreur. Mais il ne faut pas se méprendre sur le caractère de cette action : ce n'était point une revendication, c'était une simple action hypothécaire, et il en résulte que le tiers détenteur pouvait écarter la femme, soit en lui opposant le bénéfice de discussion, soit en lui payant la valeur qui lui était due. On pourrait cependant me faire ici une objection spécieuse : si le tiers détenteur, pourrait-on dire, jouit en principe de l'option de payer ou de délaisser, cette option ne peut plus se concevoir lorsque la chose à payer et la chose à délaisser ne sont qu'une seule et même chose, c'est-à-dire lorsque le créancier a hypothèque sur la chose même qui lui est due. Or c'est précisément ce qui a lieu ici : la femme qui poursuit hypothécairement le meuble dotal poursuit la chose même qui lui est due; le tiers détenteur ne peut donc se soustraire à une restitution en nature ; il ne peut payer qu'en délaissant, et l'action hypothécaire dirigée contre lui a toute l'énergie d'une revendication. — Je réponds à cela que Justinien, en soumettant les meubles dotaux à l'hypothèque de la femme, n'a point entendu défendre au mari de les aliéner, puisque, dans la loi même qui établit cette hypothèque, il a expressément confirmé l'ancienne loi Julia. Or, si l'aliénation du meuble dotal est valable à l'encontre de la femme, il en résulte qu'elle prive la femme du droit de réclamer ce meuble en nature et qu'elle transforme sa créance en une créance d'argent. La femme peut donc être désintéressée et écartée, soit par le tiers acquéreur du meuble dotal, soit aussi par le créancier

qui, ayant hypothèque sur ce meuble, exercerait contre elle le *jus offerendi*. Nous pouvons donc conclure que le droit d'hypothèque de la femme sur les biens dotaux n'a rien qui ressemble à un droit de propriété.

C. — La femme, en vertu de son privilége, avait le pas sur tous les créanciers chirographaires du mari ; en vertu de son hypothèque, elle n'avait le pas que sur les créanciers hypothécaires postérieurs au mariage. Pour lui donner également la préférence sur les créanciers hypothécaires plus anciens, Justinien n'avait qu'à unir ensemble le privilége et l'hypothèque. C'est ce qu'il fit dans la loi 12, C., *Qui potiores,* VIII, 18. Je ne m'arrête pas sur cette loi, qui, au point de vue spécial de cette étude, ne présente que peu d'intérêt. D'ailleurs, il est temps d'en finir.

Nous n'avons plus maintenant qu'à jeter un dernier regard d'ensemble sur la longue route que nous avons parcourue. Quelque longue qu'elle ait été, elle ne nous a pas encore conduits au but. Les nombreuses réformes qui en marquent comme les étapes successives n'ont toutes été que des demi-réformes, et le principe suranné *dotis causa perpetua est,* qui avait été notre point de départ, nous le retrouvons encore en arrivant au terme. Sous Justinien encore, on peut dire : la dot est perpétuelle, puisque le mari acquiert sur elle un droit perpétuel, le droit de propriété. Mais si le principe est resté, toutes ses applications ont été si bien atténuées ou éludées, qu'il a presque entièrement disparu de la pratique et qu'il faut le regard pénétrant du théoricien pour le découvrir. Aussi, durant ces longs siècles d'ignorance qui suivirent l'invasion des Barbares, ce principe abstrait et subtil devait tomber en oubli, et la femme devait devenir en droit ce qu'elle était déjà en fait, propriétaire de la dot. Ainsi disparut le dernier vestige de l'ancien principe *dos perpetua est.* Ainsi s'acheva cette lente évolution législative qui, commencée aux temps à demi fabuleux de Carvilius Ruga, ne devait trouver son terme que dans la jurisprudence de nos pays de droit écrit.

DE LA

CONDITION DE L'ENFANT NATUREL

ET DE LA CONCUBINE

DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

DE LA CONDITION DE L'ENFANT NATUREL

ET DE LA CONCUBINE

DANS LA LÉGISLATION ROMAINE[1]

Les questions relatives à la constitution de la famille sont aussi anciennes que l'humanité. Mais elles ne se sont dégagées qu'à la longue, et il a fallu bien des siècles de progrès et d'efforts pour que la science parvînt, je ne dis pas à les résoudre, mais seulement à les poser. La question des enfants naturels, notamment, qui de nos jours préoccupe si vivement le législateur et le juriste, ne les a pas toujours préoccupés, et les plus grands jurisconsultes de tous les temps, les jurisconsultes romains, ne l'ont pas même aperçue. Sur ce point capital, l'ancienne loi romaine est restée muette; elle ne s'est occupée des enfants illégitimes, ni pour les protéger ni pour les frapper; le règlement de leurs droits, qui tient une si grande place dans notre jurisprudence et dans nos codes, ne tient pas la plus petite place dans l'immense recueil du Digeste, et Justinien a pu dire, sans trop d'exagération, que, jusqu'à Constantin, c'est-à-dire durant toute la période classique de la jurisprudence romaine, le nom même d'enfant naturel était resté étranger à la langue du droit[2].

Les naissances illégitimes auraient-elles été plus rares

[1] Ce mémoire a été lu à l'Académie des Sciences morales et politiques en 1880.

[2] Novelle 89, *præf.* : « Τὸ τῶν νοθων ὄνομα τῇ Ρωμαίων νομοθεσίᾳ πρῳην οὐ διεσπούδαστο, οὐδέ τις ἦν περὶ αὐτὸ φιλανθρωπία, ἀλλ'ὡς ἔκφυλόν τι καί παντελῶς ἀλλότριον τοῦ πολιτεύματος ἐνομίζετο, ἐκ δὲ τῶν Κωνσταντίνου τοῦ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως χρόνων ἐν τοῖς τῶν διαταξεων ἐνεγράφη βιβλίοις. » « Naturalium nomen romanæ legislationi dudum non erat in studium, nec quælibet circa hoc fuit humanitas, sed tanquam alienigenum aliquid et omnino alienum a republica putabatur, a Constantini vero piæ memoriæ temporibus constitutionum scriptum est libris. »

dans l'ancienne Rome qu'elles ne le sont de nos jours? Tout au contraire : la multiplicité des enfants naturels, est, on le sait, une des tristes conséquences de l'esclavage, et jamais on ne vit plus d'esclaves et plus d'affranchis que dans la société romaine aux premiers siècles de l'Empire. Si l'on veut se faire une idée de l'état des mœurs à cette époque, l'on n'a qu'à jeter les yeux sur quelques recueils épigraphiques : dans plusieurs inscriptions tumulaires, l'on sera surpris de voir figurer, à côté de la femme et des enfants légitimes du défunt, ses bâtards et ses concubines[1]. Le Digeste même, qui présente au sujet des enfants naturels l'étrange lacune que je signalais tout à l'heure, consacre à la concubine un titre spécial[2] : à l'inverse des codes modernes, il s'occupe, non pas des enfants illégitimes, mais de leurs mères. Enfin, il est un fait peut-être plus significatif encore que ces divers témoignages : Alexandre Sévère, nous dit Lampride, voulut que chaque gouverneur de province reçût en partant, aux frais du trésor, tout ce qui lui était nécessaire, des habits de cérémonie, une certaine somme d'or et d'argent, des chevaux, un cocher, un cuisinier, enfin, « s'il n'était pas marié, une concubine ; car ce sont là des choses (c'est toujours Lampride qui parle) sans lesquelles on ne peut pas vivre, » « *quod sine his esse non possunt*[3]. »

Tels sont les deux faits, en apparence contradictoires, que nous présente la société païenne : l'indulgence des mœurs pour les unions irrégulières, l'indifférence des lois pour les enfants issus de ces unions. Avec le christianisme, un double changement s'opère et un nouveau contraste se produit : la loi est devenue à la fois plus morale et plus humaine, et, cédant tour à tour à deux tendances opposées, tantôt elle

[1] Gruter, p. 631, 5; p. 938, 2; Orelli, nos 2,673, 2,687, 2,689, 2,691, 4,093; Wilmanns, no 330; Mommsen (dans le *Corpus inscript.* de Berlin, t. V, 1), no 1,918 : « P. Cervonius P. f. Marinus testamento fieri jussit sibi et Cinciai Sex. f. secundai uxori Ciliai concubinai. » Au-dessus de l'inscription, sont gravées trois effigies : au milieu, celle du défunt; d'un côté, celle de sa femme; de l'autre, celle de sa concubine.

[2] L. 25, t. 7, *De concubinis.*

[3] Lampride, *Alexandre Sévère*, 42.

sévit contre les enfants naturels par haine du concubinage, tantôt elle les protège par un sentiment d'humanité. Il faut donc distinguer, en cette matière, deux périodes législatives : dans la première, la loi, indifférente et muette à l'égard des enfants naturels, n'a pour eux ni sévérité ni bienveillance et les laisse sous l'empire du droit commun ; dans la seconde période, au contraire, la loi, soucieuse de leur sort, prodigue pour eux les dispositions exceptionnelles, et, tempérant les rigueurs par les bienfaits, les incapacités par les priviléges, prend soin de fixer en même temps le maximum et le minimum de leurs droits. Ce dernier système est, au fond, celui de la loi moderne ; le premier, au contraire, est si loin de nos idées et de nos mœurs qu'il a été souvent mal compris ; je voudrais essayer de le faire comprendre.

I.

J'ai déjà remarqué que le Digeste, qui ne traite point des enfants naturels, renferme un titre spécial sur les concubines. C'est ce titre qui doit nous servir de point de départ dans ces recherches : quand les jurisconsultes romains nous auront appris quelle était la condition juridique de la mère, il nous sera plus aisé de comprendre quelle pouvait être celle de l'enfant.

Par la place qu'il occupe dans les Pandectes, le titre *De concubinis* semble se rattacher à l'ensemble des titres qui concernent le mariage et les rapports des époux : placé à la suite de ces titres, il en forme, soit le complément, soit l'appendice. Dans les cinq fragments qui le composent, les jurisconsultes recherchent comment on peut distinguer la concubine d'avec la légitime épouse, ils indiquent quelles femmes il est permis de prendre pour concubines, quels sont les devoirs d'une femme affranchie qui vit en concubinage avec son patron ; enfin ils remarquent que le concubinage, en lui-même, n'est point un délit, et la raison qu'ils en donnent mérite d'être notée : « Le *concubinatus*, disent-ils, tient son

nom des lois, et par conséquent il ne tombe pas sous le coup de la loi pénale. — *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est*[1]. »

Au premier aperçu, l'idée générale qui semble se dégager de tous ces textes, c'est que le *concubinatus* était, comme le mariage, une union consacrée et réglée par les lois, un *semimatrimonium,* comme l'appelait Cujas[2], une sorte de mariage morganatique, comme disait Heineccius[3], une *hémigamie,* comme l'a dit un illustre savant moderne[4], en un mot une véritable institution juridique, et, pour désigner cette institution dans notre langue, pour traduire le mot *concubinatus,* les interprètes ont cru nécessaire de forger un mot nouveau, le mot de *concubinat.*

Quelque autorisée, quelque générale que soit cette opinion[5], j'oserai cependant la combattre. Le *concubinatus,* à

[1] L. 3, § 1, D. *h. t.,* 25, 7.

[2] *Ad Codicem,* V, 26; VI, 57 (éd. Fabrot, t. IX, col. 575, 953). C'est Cujas qui, le premier, je crois, a formulé nettement et accrédité cette doctrine.

[3] *Elem. juris german.* (éd. de Genève, 1744, t. VI, p. 149, 151). Voyez aussi *Comm. ad L. Papiam Poppæam,* L. II, c. IV (t. VII, p. 164 et suiv.).

[4] Ch. Giraud, *Hist. du dr. de propriété,* t. II, p. 33, note. M. Ch. Giraud vient de reprendre l'étude de cette question dans un mémoire important dont il n'a publié encore que la première partie (*Journal des Savants,* mars 1880, p. 176 et suiv.).

[5] C'est l'opinion commune, mais non pas l'opinion universelle. Malgré l'autorité de Cujas, qui a entraîné le gros des interprètes, cette doctrine a rencontré de tout temps des contradicteurs. Qu'il me suffise de citer le plus grand des devanciers de Cujas, Bartole; le plus grand de ses émules, Doneau; le plus accrédité de ses élèves, Pothier; enfin, parmi les fondateurs de la nouvelle école allemande, le plus célèbre après Savigny, Puchta (Savigny n'a pas touché à la question). — Bartole, *ad tit. de concubinis, rubr. in concubinatu :* « ... Quædam est conjunctio quæ a lege non est approbata nec improbata, ut coitus concubinarius... Et hoc vult dicere textus quod concubinatus assumpsit nomen per legem, sc. nudum, non quod per legem talis coitus sit approbatus vel reprobatus, sed remanet in primo jure naturali. » Doneau (*ad L.* 121, *D. De V. O.*) ne traite la question qu'incidemment : il soutient que l'homme marié lui-même pouvait avoir une concubine. Voyez *infrà,* p. 560, note 5. — Pothier, *Pandectæ,* l. XXV, tit. 7 : « ... Concubinatus, ut pote naturalis tantum, lege quidem permittente contrahitur, at non ex lege; unde et minus proprie legitima dicitur, et civilia jura non parit. » — Puchta, *Cursus der Institut.,* § 287 : « ... Das bloss Factische hat er (der Concubinat) mit der Ehe gemein, nicht das Rechtliche. Die Rœmer sagen von him : *per leges nomen assumsit,* er hat eine rechtliche Bedeutung durch Leges erhalten. Dieser Ausdruch bezieht sich warscheinlich auf die Lex Julia *de adulteriis,* welche bestimmte dass der Concubinat nicht als eine unerlaubte Geschlechtsverbindung betrachtet, nicht als Stuprum bestraft werden solle. » — Voyez, dans le même sens, Bonnier, sur Ortolan, *Append.* II.

mes yeux, n'a rien de commun avec une institution juridique : les rapports avec une concubine, au temps des Romains, n'étaient pas autre chose que ce qu'ils sont de notre temps, un simple fait, dépourvu de tout caractère, de tout effet légal. Le mot de *concubinat* doit être rayé de notre langue, et l'idée chimérique dont ce mot est l'expression doit être bannie de la science. La vraie traduction du mot *concubinatus,* ce n'est point *concubinat,* c'est *concubinage.*

Cette assertion, je l'avoue, peut sembler un paradoxe en présence des textes du Digeste que je citais tout à l'heure. Mais, pour bien comprendre ces textes, il ne suffit pas de les considérer isolément, ces textes sont des fragments, dont le vrai sens ne se révèle que si l'on a soin de les rattacher aux fragments qui les complètent. Nous devons donc élargir pour un moment le cadre de cette étude et placer à côté du *concubinatus* les institutions romaines qui l'avoisinent.

L'union des deux sexes, considérée au point de vue juridique, peut présenter, suivant les circonstances, trois caractères bien différents : tantôt c'est un mariage que la loi consacre; tantôt c'est un attentat aux mœurs, que la loi punit; tantôt enfin c'est un acte indifférent, ni criminel ni légitime, un simple fait qui n'existe pas aux yeux de la loi. Cette distinction, qui se retrouve dans toutes les sociétés policées, est nettement exprimée par la loi romaine : l'union légitime, ce sont les *justæ nuptiæ;* l'union criminelle, c'est le *stuprum;* enfin l'union dépourvue de tout caractère juridique, celle dont la loi ne s'occupe, ni pour la confirmer, ni pour la prohiber, c'est le *concubinatus.*

De cet aperçu général, nous pouvons tirer une conséquence importance : c'est que le *concubinatus,* bien qu'étant un fait extra-légal, est cependant défini par la loi; car il se trouve placé entre deux faits légaux, les *justæ nuptiæ* et le *stuprum,* et la loi, qui a défini ces deux faits et en a tracé les limites, a par là même circonscrit le *concubinatus* qui se trouvait entre eux deux. Tracer cette double limite, tel est l'objet et l'objet unique de tous les textes qui composent le titre *De concubinis,* en sorte que toute l'explication de ce titre

dépend des deux questions suivantes : qu'était-ce que les *justæ nuptiæ?* qu'était-ce que le *stuprum?*

Sur ces deux questions, la réponse du droit romain n'est point celle du droit moderne. Les *justæ nuptiæ* ne ressemblent guère au mariage de notre code civil, et le *stuprum* ressemble moins encore à l'attentat aux mœurs de notre code pénal. Il est nécessaire d'insister sur cette double différence : en l'expliquant, j'expliquerai par là même, je l'espère du moins, toutes les difficultés que présente la matière du concubinat.

On connaît l'esprit formaliste de l'ancienne jurisprudence romaine. L'on sait qu'elle se plaisait à revêtir de formes régulières et de formules précises les actes les plus ordinaires et les plus simples de la vie civile. Mais, chose étrange! cette jurisprudence qui exigeait des formes là où elles nous paraissent superflues, cessait au contraire d'en exiger là où elles nous semblent indispensables, dans l'acte le plus important de la vie, dans le mariage. En vain les interprètes modernes se sont-ils longtemps appliqués à rechercher quelles pouvaient être, chez les Romains, les formes légales du mariage : ils n'ont rien découvert, et ils ne pouvaient rien découvrir, car ce qu'ils cherchaient n'existe pas. En se dégageant de la *conventio in manum*, qui, dès le siècle d'Auguste, tombait en désuétude, le mariage romain se dépouilla de toute forme juridique. Les cérémonies, sacrées ou profanes, qui l'entouraient d'ordinaire, étaient imposées par la religion ou par les mœurs, mais non par les lois. Ce sont les poètes et les mythographes qui nous ont décrit ces cérémonies, les jurisconsultes les mentionnent à peine et n'y attachent aucune importance; à leurs yeux, pour qu'il y ait *justæ nuptiæ*, il suffit que deux personnes, légalement capables de se marier, vivent ensemble comme mari et femme; ce qui constitue le mariage, c'est la possession d'état, et la question de savoir à quel moment le mariage est accompli, n'est pas une question de droit, mais une question de fait[1].

[1] L. 66, *pr.* et § 1, D. *De donat. i. v. et u.*, 24, 1; — L. 31, *pr.*, D. *De donat.*, 39, 5; — L. 9, C. *De nupt.*, 5, 4. — Quintilien, *Declam.* 247 *in fine* : « Fingamus

Et si l'on me demande pourquoi cette absence de forme dans le mariage se rencontre précisément dans la plus formaliste de toutes les législations, voici ce que je répondrai. Plus une loi est formaliste, plus elle est étroite; en resserrant le champ des actes juridiques dans des cadres réguliers et inflexibles, elle rétrécit son domaine, et bien des rapports sociaux qui ont pu rentrer dans la sphère d'un droit souple et flexible comme le nôtre, restaient en dehors d'un droit strict et rigide comme l'était le droit romain. L'un des traits caractéristiques de la jurisprudence romaine était de ramener toute question de droit à une question d'argent, et le mariage, qui n'est pas un contrat pécuniaire, sortait par là même du cercle étroit des actes juridiques proprement dits. Les *justæ nuptiæ* n'étaient *justæ*, c'est-à-dire réglées par le droit, que relativement à leurs effets et aux conditions de capacité des deux époux. Quant à la forme et à la célébration du mariage, la loi ne s'en occupait nullement.

Il résulte de là qu'il n'y avait pas de signe légal qui distinguât le mariage et le séparât de l'union irrégulière. C'est ce qu'observent les jurisconsultes romains. Le seul trait, disent-ils, auquel on reconnaît la légitime épouse, c'est la possession d'état : *honor maritalis, affectio, dignitas.* C'est là tout ce qui la distingue de la concubine : « *Sane enim, nisi dignitate, nihil interest. — Concubinam ex sola animi destinatione æstimari opportet. — Ab uxore solo dilectu separatur*[1]. » On se méprendrait sur le sens de ces textes, si l'on en concluait que, en pratique et dans les rapports de la vie sociale, l'*uxor* et la *concubina* se ressemblaient et se pouvaient confondre aisément. Dans les différentes espèces relatées au Digeste, je ne trouve pas un seul exemple d'une semblable confusion, et je crois pouvoir affirmer que la différence entre la concubine et la femme légitime était, en fait, aussi nette, aussi tranchée dans la société romaine qu'elle peut l'être de nos jours. De nos jours encore, ce qui

nuptias quidem fecisse nullas, coisse autem liberorum creandorum gratia; non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata. »

[1] L. 4, D. *h. t.*; — L. 49, § 4, D. *De L.*, 3°, 32; — Paul, *Sent.*, II, 20.

entoure l'union conjugale de cette notoriété qui assure la dignité de l'épouse et l'honneur de la famille, ce n'est pas la publicité fugitive d'une célébration à la mairie, ni la publicité fictive d'une inscription aux registres de l'état civil, c'est une publicité plus constante et plus réelle, c'est la possession d'état. Cette publicité suffisait aux Romains, et ce qui montre bien qu'elle peut suffire, c'est que, aujourd'hui encore, en pleine civilisation chrétienne, il est des codes qui n'exigent pour la validité du mariage aucune forme légale, aucune célébration[1].

J'ai marqué la limite qui sépare le concubinage de l'union légitime; je vais tracer maintenant celle qui le sépare des unions illicites et condamnées par la loi. Nous rencontrons ici une autre singularité du droit romain. Qui le croirait! au temps de Juvénal et de Pétrone, la loi était bien plus sévère sur les mœurs qu'elle ne l'est aujourd'hui. Elle ne se bornait pas, comme notre code pénal, à punir le rapt ou l'adultère : le simple commerce avec une femme non mariée elle le traitait comme un crime. Elle ouvrait contre les deux coupables une accusation publique; elle les frappait de peines rigoureuses, la confiscation et l'exil. Telles étaient les dispositions de la fameuse loi *de adulteriis et pudicitia,* qui fut rendue sous Auguste. Avant l'Empire, la loi romaine se montrait moins rigide, ou plutôt moins indiscrète : elle plaçait l'honneur et la vertu des femmes sous la garde de leurs familles; c'est à un tribunal domestique qu'elle déférait la coupable; ses seuls juges, c'était son père, son mari, ses proches ou ses tuteurs[2]. Mais les tribunaux domestiques disparurent avec les institutions et les mœurs patriarcales. Dans la société corrompue du siècle d'Auguste, la femme

[1] Je citerai notamment l'un des codes les plus récents et les plus complets, le Code de Californie, art. 68, 75.

[2] Suétone, *Tibère,* 35 : « Matronas prostatæ pudicitiæ, quibus accusator publicus deesset, ut propinqui *more majorum* de communi sententia coercerent, auctor fuit. » — Tacite, *Ann.*, XIII, 32 : « Is, *prisco instituto,* propinquis coram, de capite famaque conjugis cognovit. » Cf. Tite-Live, XXXIX, 18; Valère-Maxime, VI, 3, § 7. — Si parfois le magistrat public intervenait (Tite-Live, X, 31; XXV, 2 *in fine*), c'était sans doute dans des cas exceptionnels. Ihering, *Geist de rœm. Rechts,* t. II, note 339.

trouvait dans sa famille des complices de sa honte plus souvent que des gardiens de son honneur. Auguste, voulant ramener les Romains dégénérés aux mœurs sévères de leurs ancêtres, transporta les attributions du tribunal de famille aux tribunaux de l'État, et dès lors le libertinage, qui n'était qu'un délit domestique, devint un délit public.

Toutefois Auguste était un politique trop avisé pour vouloir l'impossible, et, en édictant la loi *de pudicitia*, il n'entendait nullement faire de la continence un devoir civique. A côté du libertinage que la loi punit, il y a celui qu'elle tolère; les jurisconsultes les distinguent l'un de l'autre avec leur précision habituelle : ils qualifient le premier de *stuprum*, le second de *concubinatus*. Dès lors, ce mot de *concubinatus* va prendre, sous la plume des interprètes de la loi *Julia*, une signification plus précise que celle qu'il avait autrefois : il ne désignera plus indifféremment toute espèce de concubinage[1], il désignera spécialement le simple concubinage, celui qui n'est point puni par la loi. Ces observations vont nous faire comprendre un fragment de notre titre que j'ai déjà cité et qui a donné lieu à bien des méprises : « *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est*[2]. » Les *leges* que le jurisconsulte a ici en vue, sont sans contredit la loi *Julia de adulteriis*, dont j'ai parlé, et une seconde loi qui s'y rattache et la complète, la loi *Papia Poppæa*[3]. Ces lois, en définissant le concubinage qu'elles punissaient, ont implicitement défini celui qu'elles ne punissaient pas; en attachant au premier le nom de *stupum*, elles ont par là même restreint et précisé le sens du mot *concubinatus*. Si ce mot a pris un sens juridique, s'il est entré dans la langue technique du droit, c'est seulement de-

[1] C'était là le sens primitif du mot *concubinatus*, sens qui s'est conservé dans la langue littéraire (Suétone, *Néron*, 28 : «... nuptarum concubinatus »; — Tacite (*Hist.*, I, 72 : «... stupra concubinarum ») et que l'on retrouve encore au Digeste. L. 144, D. *De V. S.*, 50, 16.

[2] L. 3, § 1, D. *h. t.*

[3] Tout le monde est d'accord là-dessus. L'on sait que le mot *leges*, sans autre indication, désigne presque toujours, dans le langage des jurisconsultes romains, les lois *caducaires*.

puis les lois d'Auguste, et à l'occasion de ces lois : « *Per leges nomen assumpsit.* »

Quelle était donc la limite qui séparait le concubinage licite du concubinage criminel? Elle était bien nettement tracée : tout dépendait d'un seul point, la condition de la concubine, et, à cet égard, la loi distinguait deux classes de femmes : celles qu'on honorait du nom de *matrones,* celles à qui ce titre était refusé. Avec les premières, le concubinage était un crime, un *stuprum;* avec les secondes, le concubinage n'était qu'un fait indifférent aux yeux de la loi; c'était le *concubinatus* proprement dit.

Cette distinction, que les mœurs avaient établie bien avant qu'Auguste l'inscrivît dans les lois, se rattache à l'un des traits les plus caractéristiques de la société romaine. Cette société, moins démocratique qu'on ne le suppose, même au temps de Marius et des Gracques, ne connut jamais le principe moderne de l'égalité devant la loi. Les droits qui, de nos jours, appartiennent à chacun par cela seul qu'il est homme, étaient alors l'apanage de quelques privilégiés. La loi ne savait protéger les uns qu'en opprimant les autres : pour enrichir le quirite, elle dépouillait l'esclave, l'affranchi, le pérégrin; pour relever l'honneur et la dignité de la matrone, elle vouait les autres femmes à l'opprobre et à l'infamie.

La qualification de *matrone* ou de *materfamilias*[1] a, dans la langue des jurisconsultes romains, une signification nette et précise. Pour avoir droit à ce titre, la femme n'a pas besoin de devenir épouse et mère[2]. Il n'est pas nécessaire non plus qu'elle soit de race patricienne, il suffit qu'elle ait pour père un citoyen romain[3], ce qui est déjà une noblesse.

[1] Ces deux mots sont synonymes. L. 15, § 15, D. *De injur.,* 47, 10. Cujas, *Observ.,* III, 18.

[2] L. 15, § 15 D. *De injur.,* 47, 10; — L. 46, § 1, D. *De V. S.,* 50, 16. — Le mot *materfamilias* avait primitivement un sens plus étroit. Cicéron, *Topic.,* 3; cf. *infrà,* p. 562, note 3, *in fine.*

[3] L. 46, § 1, D. *de V. S.,* 50, 16 : « ... Neque nuptiæ neque natales faciunt matremfamilias, sed boni mores. » — Certains textes semblent dénier la qualité de matrone à la femme « quæ obscuro loco nata est » (L. 3, *pr.,* D. *h. t.*), ainsi qu'à

Il faut de plus qu'elle ait conservé, par une vie honorable et pure, cette dignité que lui donnait sa naissance. « *Matremfamilias accipere debemus quæ non inhoneste vixit*[1]. » « *Cum audis matremfamilias, accipe notæ auctoritatis feminam*[2]. » A ces conditions, la femme romaine avait le droit de porter la tunique blanche à longs plis, la *stola*, qui était le noble insigne de la matrone, comme la toge celui du quirite[3]. Elle avait le droit de sortir en litière, comme les magistrats ou les sénateurs, et chacun lui cédait le pas[4]. Mais à ces grands honneurs étaient attachés de grands devoirs : c'est à la matrone qu'étaient confiés l'éducation des enfants, le gouvernement de la maison, le culte des divinités du foyer. Sur l'autel domestique de même que sur l'autel du temple de Vesta, le feu sacré devait être entretenu par des mains chastes et pures. L'épouse ou la vierge qui manquait à ses devoirs et souillait le sanctuaire de la famille, commettait un véritable sacrilége. En punissant sa faute comme un crime, Auguste restait fidèle aux saintes traditions du passé[5].

En face de la *materfamilias*, nous devons placer maintenant les femmes à qui la société romaine refusait ce titre d'honneur et qu'elle reléguait, suivant l'expression du poète Horace, *in classe secunda*[6]. Dans cette classe inférieure, nous trouvons d'abord toutes les femmes qui n'ont pas un citoyen romain pour père : ces femmes n'ont pas de famille dans le sens romain du mot, et, par conséquent, pas de dieux domestiques, pas de culte héréditaire : ce sont les esclaves,

« l'humilis vel abjecta persona » (L. 1, C. *de natur. lib.*, 5, 27). Mais voyez L. 7, C. *de inc. nupt.*, 5, 5. — Quant à l'affranchie, voyez *infrà*, p. 556, note 1.

[1] L. 46, § 1, D., *De V. S.*, 50. 16. Voyez aussi L. 41, § 1, D., *De R. N.*, 23, 2.

[2] L. 3, *in fine*, D., *De lib. exh.*, 43, 30.

[3] « Matronas appellabant eas fere quibus stolas habendi jus erat. » Paul Diacre, p. 125 (édit. Müller). — « ... quas, si quæ leges a maritalibus et matronalibus decoramentis coercebant... » Tertullien, *De cultu femin.*, 12. — Voyez aussi L. 15, § 15, D. *De injur.*, 47, 10 (*ancillaris vestis, meretricia matronalis habitus*).

[4] Plutarque, *Romulus*, 20. Valère-Maxime, V. 2, § 1. Dion Cassius, LVII, 15. Lampride, *Héliogabale*, 4.

[5] « Legibus novis latis et reduxi multa exempla majorum exolescentia jam ex nostra civitate. » *Monum. Ancyr.*, II, lin. 12. Ed. Mommsen. — Déjà sous la République le *stuprum* était puni de l'exil. Suétone, *Tibère*, 35. Tite-Live, XXV, 2.

[6] *Satir.*, I, II, v. 94 *sqq*.

les affranchies[1], peut-être aussi les étrangères, enfin celles qui doivent le jour à une union irrégulière et qui n'ont pas de père aux yeux de la loi. A côté de ces femmes, que leur naissance même privait de la dignité de matrone, il faut placer celles qui avaient perdu cette dignité par l'effet d'une déchéance : toute matrone qui manquait à ses devoirs, était déchue de ses droits; elle devait dépouiller la *stola* et revêtir la tunique des affranchies ou des courtisanes, avec lesquelles elle allait être désormais confondue[2]. Enfin la loi rangeait dans la même classe les femmes que leur métier ou leur profession forçait à se produire en public, à se mêler aux hommes, et à sortir de cette réserve qui, dans les idées romaines, était inséparable de la *dignitas matronalis*. Ici se rencontrent pêle-mêle, dans les énumérations des jurisconsultes[3], la femme qui tient un cabaret, une auberge, une boutique, celle qui vend au marché, celle qui figure dans les spectacles publics et dans les jeux du cirque, la courtisane, l'entremetteuse, la fille publique. Pour toutes ces femmes, la loi de *pudicitia* se montrait aussi indulgente qu'elle était sévère pour la matrone. La loi ne descendait pas jusqu'à elles, et leur bassesse même assurait leur impunité[4]. A l'égard de ces femmes, tout était permis : c'était la part que la politique d'Auguste avait ménagé au libertinage.

[1] Horace, *loc. cit.* — L. 7, C., *De inc. nupt.*, 5, 5. — Je croirais volontiers que, dans les LL. 24, D., *De R. N.*, 23, 2, et 34, D., *Ad L. J. de adult.*, 48, 5, le mot *libera* est pris comme synonyme d'*ingenua*. Cf. *Fragm. Vatic.*, § 308 (« ... libertus continetur servi appellatione ».) — Toutefois l'affranchie était soumise aux mêmes lois que la matrone, si elle devenait l'épouse ou même la concubine de son patron. Voyez, *infrà*, p. 563, note 1.

[2] « Matronæ quæ a maritis repudiabantur propter adulterium, togam accipiebant, sublata stola alba, propter ignominiam. » Comment. Cruquianus, *ad Horat. Sat. I*, II, v. 62.

[3] Ulpien, 13; — Paul, II, 26, § 11; — L. 1, C., *De natur. lib.*, 5, 27.

[4] L. 29 (*al.* 28), C., *ad L. J. de adult.*, 9, 9 : « ..... Cum ab his feminis pudicitiæ ratio requiratur quæ juris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hæ autem immunes a judiciaria severitate et stupri et adulterii præstentur quas vilitas vitæ dignas legum observatione non credidit. » — Cf. saint Jérôme, *epist.* 73 *ad Oceanum* (ed. Vallars., t. I, p. 459) : « ..... Impudicitiæ frena laxantur, et, solo stupro atque adulterio condemnato, passim per lupanaria et ancillas libido permittitur, quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. »

« Gardez-vous des matrones, disait le poète Horace aux jeunes Romains de son temps; leur conquête est trop périlleuse. *Tutior at quanto merx est in classe secunda*[1]. »

En traçant ainsi une ligne de démarcation entre la caste des matrones et la caste inférieure, la loi séparait le *concubinatus*, soit de l'attentat aux mœurs, soit du mariage. Avec la matrone, le *concubinatus* était impossible : ici la loi ne laissait pas de moyen terme entre l'union légitime et l'union criminelle, entre les *justæ nuptiæ* et le *stuprum*. Au contraire, avec les femmes de la seconde classe, il ne pouvait y avoir *stuprum;* il ne pouvait, le plus souvent, y avoir mariage : une telle mésalliance était interdite, soit par les lois[2], soit tout au moins par l'opinion et par les mœurs. C'étaient ces femmes que les Romains prenaient pour concubines : « *Puto solas eas*, dit Ulpien, *in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*[3]. »

Mais ces limites que la loi avait posées entre les deux castes, ne furent pas toujours respectées. Tantôt ce fut l'humble affranchie, la vile courtisane, qui tenta de s'élever au rang des matrones. Tantôt ce fut la matrone elle-même qui, du haut de sa dignité, osa descendre dans ces bas-fonds de la société romaine où l'on trouvait la liberté du vice et l'impunité du déshonneur. L'on vit au temps d'Auguste et de Tibère, de nobles et riches Romaines se dépouiller de la chaste *stola* et se montrer dans les rues de Rome avec la tunique brillante et légère de la courtisane. L'on vit des filles et des femmes de sénateur solliciter, au bureau des édiles, leur inscription dans le registre des prostituées[4]. La loi résista, s'arma de pénalités nouvelles[5]. Mais les mœurs furent plus

[1] Horace, *Satir.*, I, II, v. 94, *sqq*.

[2] Ulpien, XIII, 1, 2.

[3] L. 1, § 1, D., *h. t.*

[4] Suétone, *Tibère*, 35 : « Feminæ famosæ, ut ad evitandas legum pœnas jure ac dignitate matronali exsolverentur, lenocinium profiteri cœperant. » — Tacite, *Ann.*, II, 85 : « Vestilia, prætoria familia genita, licentiam stupri apud ædiles vulgaverat. »

[5] Tacite, *Ann.*, II, 85 : « Gravibus senatus decretis libido mulierum coercita... » — L. 10, § 2, D., *Ad L. J. de adult.*, 48, 5 : « Mulier quæ evitandæ pœnæ adulterii (i. e. stupri. Voyez *infrà*, p. 560, note 5) gratia lenocinium fecerit, aut operas suas

fortes que la loi. Au troisième siècle de notre ère, au temps d'Ulpien, la sévérité de la jurisprudence s'était, ce semble, un peu relachée, et les fragments du Digeste, qui datent de cette époque, trahissent, si je ne me trompe, certaines hésitations, certains dissentiments entre les jurisconsultes d'alors. Ulpien est resté fidèle à l'ancienne doctrine; d'après lui, la dignité de matrone est indélébile : quiconque prend une matrone pour concubine, commet un délit et encourt la peine du *stuprum*[1]. D'après Marcien, au contraire, l'on peut impunément prendre pour concubine une femme de condition honorable, pourvu qu'on le fasse ouvertement, *cum testatione hoc manifestum faciente*[2]; car la femme, par ce fait et cette déclaration, perd son rang et ses droits de matrone[3], et par suite le commerce avec elle n'est plus un *stuprum*, mais un *concubinatus*. Cette doctrine était peut-être moins logique, mais elle était mieux accommodée aux mœurs du temps; aussi finit-elle par prévaloir[4]. Et tandis que des matrones descendaient ainsi au rang de concubines, l'on vit plus souvent encore des femmes de la classe inférieure, des affranchies, des femmes perdues, élevées par un

in scænam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest. » — Tertullien, *De pallio*, 4 (t. I, p. 941, éd. Oehler) rapporte que, au temps de Tibère, sur la proposition de l'augure Lentulus, l'on étendit les peines du *stuprum* contre la matrone qui sortait en public sans être revêtue de la *stola*.

[1] L. 1, § 1, D. *h. t.* : « Cum Atilicino sentio, et puto solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur. » Atilicinus vivait sous les premiers successeurs d'Auguste.

[2] L. 3, *pr.*, D. *h. t.* : « In concubinatu potest esse et aliena liberta (cf. *infrà*, p. 562, note 3), et ingenua, et maxime ea quæ obscuro loco nata est vel quæstum corpore fecit; alioquin, si honestæ vitæ et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur, sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere. »

[3] L. 41, § 1, D., *De R. N.*, 23, 2 : « Et si qua se in concubinatu alterius quam patroni (cf. *infrà*, p. 563, note 1) tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico. »

[4] L. 16, § 1, D., *De his quæ ut ind.*, 34, 9 (Papinien) : « Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit quæ se non patroni (cf. *infrà*, p. 562, note 3) concubinam esse patitur..... » Les mots *quoniam non placuit*... montrent que cette doctrine n'avait été introduite que par un progrès de la jurisprudence. — L. 34, *pr.*, D. *Ad L. J. de adult.*, 48, 5 (Modestin) : « Stuprum committit qui liberam (i. e. ingenuam. Voy. *suprà*, p. 556, note 1) mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, *excepta videlicet concubina*. »

légitime mariage à la dignité de matrone. Les mésalliances, rares sous l'aristocratie républicaines, devinrent fréquentes au temps où la faveur des Césars élevait au pinacle des affranchis et des histrions. Ainsi deux courants opposés, dans la société romaine, faisaient fléchir et céder la barrière que les lois d'Auguste avaient élevée entre les deux classes[1]. La double limite qui séparait le concubinage du mariage et du *stuprum*, devenait moins nette et moins précise. Au temps de Papinien et de Paul, pour reconnaître la concubine, pour la distinguer de l'épouse légitime et de la femme punissable, il ne suffisait plus de savoir quelle était sa condition et sa naissance; il fallait aussi parfois que le juge tînt compte de cet ensemble de faits et de circonstances qui constituent la possession d'état : « *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet*[2]. »

Jusqu'ici j'ai rapproché successivement le concubinage des deux faits juridiques qui l'avoisinent et le limitent des deux côtés, le mariage et le délit de mœurs. Dans ce double rapprochement, j'ai constaté une double différence entre la loi romaine et la loi moderne. Des deux côtés, la limite où le concubinage commence était moins nette, moins tranchée dans l'ancienne Rome qu'elle ne l'est aujourd'hui. Mais cette différence, qu'on le remarque bien, ce n'est pas sur le concubinage même qu'elle porte, c'est sur le mariage et le délit de mœurs. Ce sont ces deux faits qui, étant définis et réglés par la loi, ont été définis et réglés différemment par la loi antique et la loi moderne. Mais quant au concubinage, qui n'a rien de juridique et de légal, la loi antique et la loi moderne n'ont pu le régler de deux façons différentes, par cette raison bien simple qu'elles ne l'ont pas réglé du tout.

[1] Les différences de costume entre les matrones, les courtisanes et les affranchies avaient également disparu, malgré les prohibitions du Sénat (cf. *suprà*, p. 557, note 5); les mœurs et la mode l'avaient emporté sur les lois. Marquardt, *Privatalterthümer*, t. II, p. 178.

[2] L. 4, D. *h. t.*; — L. 31, *pr.*, D. *De donat.*, 39, 5 : « ..... An autem maritalis honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata, perpendendum esse respondi. » — A une époque plus récente, si l'on en croit Vopiscus (*Aurélien*, 49), Aurélien, par un retour aux lois d'Auguste, aurait prohibé le concubinat avec les femmes ingénues.

Nous rencontrons, il est vrai, divers textes au Digeste qui déterminent dans quels cas ou dans quelles conditions on peut prendre une femme pour concubine, et de ces textes les commentateurs modernes ont conclu qu'il en était du *concubinatus* comme du mariage, qu'il fallait remplir certaines conditions légales pour le contracter valablement. C'est là, à mon sens, une méprise. Dire, comme le font ces textes, que le concubinage est permis dans tels et tels cas, ce n'est pas dire que, dans ces cas, le concubinage est valable et produit des effets civils, c'est dire, que hors de ces cas, le concubinage est interdit et est frappé par la loi pénale. Quand la loi déclare que nul ne peut prendre pour concubine, ni sa sœur, ni la fille de sa sœur[1], ni la femme engagée dans les liens du mariage[2], ni la jeune fille qui n'est pas encore nubile[3]; quand elle déclare qu'un fils ne doit pas avoir pour concubine celle qui a été la concubine de son père[4]; tout cela signifie qu'un concubinage, dans ces circonstances, serait un délit puni par la loi : « *Nefaria est hujusmodi conjunctio, et ideo hujusmodi facinus prohibendum est. — Si contra hoc fecerint, stuprum committunt*[5]. » En un

[1] L. 56, D. *De R. N.*, 23, 2.

[2] L. 13, § 2, D. *Ad L. J. de adult.*, 48, 5.

[3] L. 1, § 4, D. *h. t.*

[4] L. 1, § 3, D. *h. t.*; — L. 4, C. *De nupt.*, 5, 4.

[5] L. 1, § 3, D. *h. t.*; — L. 4, C. *De nupt.*, 5, 4. — La loi romaine punissait l'adultère, l'inceste et l'attentat sur la personne d'une fille impubère, que la femme fût ou non une matrone. L. 56, D. *De R. N.*, 23, 2; — L. 1, § 2, D. *De extr. crim.*, 47, 11; — L. 13, § 2, D. *Ad L. J. de adult.*, 48, 5; — L. 38, § 3, D. *De pœnis*, 48, 19. Voyez aussi L. 3, § 1, D. *h. t.* : « Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. » « Le concubinage ne constitue pas par lui-même un *stuprum*. » Le mot *adulterium*, ici comme dans le texte même de la loi Julia, est synonyme de *stuprum*. L. 6, § 1, D. *Ad L. J. de adult.*, 48, 5; — L. 101, D. *De V. S.*, 50, 16.

De même, quand Ulpien et Paul disent qu'il est permis de prendre pour concubine une femme condamnée pour adultère, qu'il est permis au gouverneur d'une province de prendre sa concubine parmi les femmes de cette province, cela signifie que, tandis qu'un mariage contracté dans de telles conditions serait punissable, le concubinage ne l'est point : « Qui autem damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto lege Julia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur. » L. 1, § 2, L. 5, D. *h. t.*; — cf. L. 2, § 1, D. *De his quæ ut ind.*, 34, 9.

D'ailleurs il n'était point interdit d'avoir en même temps plusieurs concubines (Pline, *Epist.*, III, 14) : Justinien lui-même ne l'interdit point, il se borne à refuser, en ce cas, tout droit aux enfants naturels. Novelle 18, c. 5; Novelle 89, c. 12,

mot, toutes les règles du Digeste qui permettent ou prohibent le concubinage sont des règles de droit pénal et non des règles de droit civil. Quant à des conditions de capacité, la loi n'en exige aucune : souvent, dans cette union, la femme était une esclave, c'est-à-dire une personne dénuée de toute capacité juridique; ce cas était même si fréquent que parfois les jurisconsultes emploient comme synonymes les mots de *concubinatus* et de *contubernium*[1]. Cependant quelques interprètes modernes ont voulu suppléer au silence des textes[2] : partant de cette idée que le *concubinat* était réglé par la loi, ils ont curieusement recherché quelles pouvaient être ces règles qu'on n'aperçoit nulle part, et ils se sont demandé, par exemple, si le jeune homme qui voulait prendre une concubine avait besoin pour cela de la permission de son père, ou s'il ne lui suffirait pas d'obtenir celle de son aïeul. Une pareille question, adressée à un jurisconsulte, eût paru aussi étrange au temps des Romains qu'elle le paraîtrait aujourd'hui, et Celsus n'eût pas manqué d'y répondre, avec sa verdeur habituelle : « *Tua quæstio perquam ridicula est!* »

§§ 4 et 5. — Il n'était point interdit non plus, du moins sous les empereurs païens, d'avoir en même temps une femme légitime et une concubine : l'interdiction ne date probablement que de Constantin (L. *un.*, C. *De concub.*, 5, 26. — *Sic* Doneau, *ad L.* 121, *D. De V. O.* T. XI, col. 1495); auparavant, l'homme marié qui entretenait une concubine s'exposait seulement au divorce et aux peines que le divorce entraînait contre l'époux coupable : c'est en ce sens qu'il faut entendre Paul, *Sent.*, II, 20 (dont la leçon est d'ailleurs contestée. Cf. Thomasius, *De concubinatu*, § 13) et la loi 3, C. *Comm. de man.*, 7, 15 (Justinien, an 531 : « ... hominibus enim uxores habentibus concubinas vel libertas *vel ancillas* [il ne peut donc s'agir ici d'une union ayant quelque valeur légale] habere, *nec antiqua jura* nec nostra concedunt). » — Voyez le *syrisch-rœm. Rechtsbuch* publié par MM. Bruns et Sachau (Leipsick, 1880), L. 36; Ar., 18, 73; Arm., 12, 73 : « Quand un homme a deux femmes, l'une légitime et l'autre illégitime, et qu'il a des enfants de l'une et de l'autre... » — Voyez aussi les inscriptions citées *suprà* (p. 546, note 1) (*sibi et uxori, concubinæ*, que cependant on pourrait à la rigueur expliquer en supposant que l'*uxor* et la *concubina* se sont succédé l'une à l'autre. — Cf. Esmein, *Le délit d'adultère à Rome*, p. 16, note 2.

[1] L. 11, § 1, D. *Ad L. J. de adult.*, 48, 5; — Paul, *Sent.*, II, 19, § 6; — L. 6 C. Th., *De natur. fil.*, 4, 6. — Cf. L. 34, C. *De lib. causa*, 7, 16. — De même dans les auteurs classiques. Cicéron, *Verr.*, Act. II, L. v, c. 40 (éd. Orelli). Suétone, *Vespasien*, 3.

[2] Voyez notamment Pilette, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains* (dans la *Revue hist. de droit français et étranger*, t. XI, p. 322 et suiv.).

Le concubinage n'était donc soumis à aucune condition légale, et cela par une raison bien simple, c'est qu'il ne pouvait produire aucun effet légal : aucun effet entre les deux personnes ainsi unies, aucun effet à l'égard des enfants issus de cette union. De tous les nombreux rapports que le mariage établit entre les époux, droits et devoirs, incapacités et priviléges, il n'en est pas un seul qu'on puisse appliquer aux personnes qui vivent en concubinage : ces personnes sont l'une à l'autre des étrangères, le lien qui les unit n'existe pas aux yeux de la loi[1]. Quant aux enfants naturels, s'ils ont, comme je l'établirai bientôt, des droits importants à l'égard de leur mère, ces droits ne peuvent être un effet légal du concubinage, car ils appartiennent tout aussi bien à l'enfant issu d'une union criminelle, à l'enfant adultérin ou incestueux[2].

Il est un cas, il est vrai, où le concubinage semble produire un effet légal, cas unique, mais fréquent dans les mœurs romaines. Il arrivait très souvent à Rome qu'un homme prenait pour concubine une de ses esclaves et la gardait comme concubine après l'avoir affranchie[3]. Voici

[1] Entre *concubins,* pas d'action *rei uxoriæ,* pas d'action *rerum amotarum* (L. 17, *pr.,* D. *Rer. amot.,* 25, 2), pas de *bonorum possessio unde vir et uxor,* pas d'accusation d'adultère (L. 6, *pr.,* L. 13, § 6, D. *Ad L. J. de adult.,* 48, 5), pas de divorce (L. 17, *pr.,* D. *Rer. amot.,* 25, 2), pas de prohibition des donations entre époux (L. 3, § 1, D. *De don. i. v. et u.,* 24, 1; L. 31, *pr.,* D. *De donat.,* 39, 5), pas de *jus decimarum* (L. 29, *pr.,* D. *De L.,* 2° 31) : la capacité de disposer à titre gratuit, restreinte, soit à l'égard de l'épouse légitime (Ulpien, 15, 16), soit à l'égard de la femme *stupro cognita* (L. 41, § 1, D. *De test. mil.,* 29, 1; L. 14, D. *De his quæ ut ind.,* 34, 9), n'était nullement restreinte à l'égard de la concubine, qui était considérée comme une étrangère. Ce point a été très-bien mis en lumière par Cujas, *ad Papin.,* L. 16, § 1, D. 34, 9 (T. IV, 2, col. 375, éd. Fabrot).

[2] C'est ce que je prouverai plus loin, p. 576 et suiv.

[3] Plaute, *Epidicus,* Act. III, Sc. 4, v. 33 : « Ego illam hodie volo facere libertam meam, mihi concubina quæ sit. » — C'était probablement le cas de concubinage le plus fréquent dans les mœurs romaines : c'est ce que fait entendre la loi 3, *pr.,* D. *h. t.* : « In concubinatu potest esse *et* aliena liberta et ingenua... » « L'on peut prendre pour concubine *même* l'affranchie d'un autre ou une femme ingénue. » — Voyez aussi la loi 16, § 1, D. *De his quæ ut ind.,* 34, 9 (citée *suprà,* p. 558, note 4). la loi 41, § 1, D. *De R. N.* 23, 2 (citée p. 563, note 1), et la loi 1, § 1, D. *h. t.* : «... cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matremfamilias habere. » Le mot *materfamilias* est pris ici dans le sens d'*uxor*. Leist, *Das rœm. Patronatrecht* (contin. de Glück), § 122, n. 147.

quelle était alors la situation de cette femme : la loi ne lui accordait aucun des droits de l'épouse légitime, mais elle lui en imposait tous les devoirs; elle devait à son patron la même fidélité que si son patron l'avait épousée : si elle le trompait, elle était punie comme adultère[1]; si elle l'abandonnait pour épouser un autre homme, son mariage était frappé de nullité[2]. Voilà des effets juridiques et des effets juridiques importants. Mais ces effets, quelle en est la cause; est-ce le fait du concubinage? je ne le pense point. Ces effets juridiques ont pour cause un acte juridique, l'acte d'affranchissement. Ce qui le prouve, c'est que nous retrouvons ces effets ou des effets analogues dans tous les cas d'affranchissement, tandis que nous ne les rencontrons, à propos du concubinage, que dans le cas unique où la concubine est en même temps une affranchie. Tout affranchi était dans une étroite dépendance de celui dont il tenait sa liberté, et, pour ainsi dire, son existence civile : il lui devait l'obéissance, l'*obsequium*, et, s'il manquait à ce devoir, une accusation d'ingratitude pouvait le ramener en esclavage. Or, pour l'affranchie que le patron avait prise pour sa concubine, ce devoir d'obéissance se transformait tout naturellement en un devoir de fidélité.

[1] Et par conséquent assimilée à la matrone quant à l'application de la loi *Julia de pudicitia*. L. 41, § 1, D. *De R. N.*, 23, 2 : « Et si qua se in concubinatu *alterius quam patroni* tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico. » — L. 13, *pr.*, D. *Ad L. J. de adult.* : « Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, jure quidem mariti accusare eam non poterit quæ uxor non fuit, jure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur; si modo ea sit quæ, in concubinatu se dando, matronæ nomen non amisit, utputa quæ patroni concubina fuit. » Mais si l'on assimilait à la matrone la *liberta* concubine de son patron (L. 46, § 1, D. *De V. S.*, 50, 16), c'était non pas pour lui accorder les mêmes privilèges (voyez cependant L. 46, D. *De op. libert.*, 38, 1), mais pour la soumettre aux mêmes pénalités.

[2] L. 1, *pr.*, D. *h. t.* : «... Ego quidem probo in concubina adimendum ei connubium si patronum invitum deserat. » — *Patronum invitum : quid,* si le patron est incapable de volonté? s'il est frappé d'aliénation mentale? la question est prévue par la loi 2, D. *h. t.* : « Si patronus libertam concubinam habens furere cœperit, in concubinatu eam esse humanius dicitur. » — Au contraire le patron est censé rendre à sa concubine sa liberté s'il se marie ou s'il prend une autre concubine. L. 11, § 2, D. *De divort.*, 24, 2.

C'est cette privation du *jus connubii* pour la concubine du patron qui explique pourquoi, dans les sentences de Paul comme dans le Digeste, le titre *De concubinis* est placé parmi ou après les titres relatifs au mariage.

Ainsi toutes les apparences juridiques que le concubinat romain présentait au premier abord se sont évanouies une à une. Soumis à une exacte analyse, le *concubinatus* s'est dépouillé de tout caractère légal et s'est réduit à un simple concubinage. Toutefois les mœurs, en cette matière, sont plus puissantes que les lois, et cette étude resterait incomplète, si, après avoir montré quelle était la condition de la concubine au point de vue légal, nous ne recherchions pas aussi quelle était en fait sa situation dans la société romaine.

Est-il vrai que les mœurs aient ici modifié la loi? est-il vrai qu'elles aient donné à la concubine une place honorable dans la société, et entouré le concubinage de la considération due à une union régulière? On l'a soutenu, et mes adversaires, trop menacés sur le terrain juridique, se retranchent sur ce terrain nouveau. Je dois les y suivre, et je vais essayer de prouver que, en fait aussi bien qu'en droit, la situation de la concubine dans l'ancienne Rome était à peu près la même qu'elle est encore de nos jours.

Il existe cependant, entre les mœurs romaines et les nôtres, une différence que je ne veux pas dissimuler. Quand nous lisons, dans les inscriptions funéraires, le nom de la concubine gravé sur la tombe du défunt à côté de celui de la légitime épouse, quand nous voyons les premiers magistrats de l'Empire romain faire leur entrée officielle dans la province qu'ils gouvernent, suivis de la concubine que l'Empereur lui-même leur a donnée[1], nous sommes bien forcés de reconnaître que la société antique avait, sur les questions de bienséance et de moralité mondaine, des idées un peu différentes de celles qui ont cours dans les sociétés modernes. La différence est incontestable; mais le point sur lequel porte cette différence n'a pas été, je crois, suffisamment précisé. Si la morale antique était plus indulgente pour les unions irrégulières que la morale moderne, cette indulgence ne concernait que l'homme; quant à la femme, le concubi-

[1] Voy *suprà*, p. 546, note 3.

nage était pour elle une flétrissure au temps des Romains comme aujourd'hui.

En ce qui concerne l'homme, les règles de la morale ont changé. Certains écarts de conduite qu'eût pu se permettre un contemporain d'Horace et de Catulle, sont interdits aujourd'hui à quiconque veut se conformer, je ne dis pas aux préceptes du christianisme, mais seulement aux convenances sociales. La société est devenue plus sévère, car les femmes, de nos jours, y tiennent la première place, et en fait de convenances et d'usages, ce sont elles qui dirigent l'opinion. La société, de nos jours, tolère le vice, mais elle ne tolère pas le scandale; elle veut que le vice reste dans l'ombre, ou tout au moins dans le demi-jour, et l'homme qui mène une vie déréglée manquerait aux bienséances s'il ne prenait pas, dans le monde, les dehors d'un homme rangé. Ces règles d'honnêteté mondaine, les Romains ne les connaissaient pas; comme on l'a justement observé[1], il n'y avait alors de salons, et les femmes n'exerçaient pas sur l'opinion la même influence que dans la société moderne. L'on comprendra dès lors que le Romain pût, sans scandale, avouer dans le monde des relations qui seraient inavouables aujourd'hui, et inscrire sur une tombe, à côté de son nom, non-seulement celui de sa concubine, mais celui de son esclave favori[2].

Mais si la morale antique était indulgente pour l'homme, elle ne l'était point pour la femme, et les mœurs romaines ne différaient ici des nôtres que par un surcroît de sévérité. On l'a déjà remarqué, « les Romains ne savaient pas plaisanter sur la vertu des femmes[3]. » Ce n'est pas dans les drames ou les romans de la littérature latine qu'on trouverait la satire du mariage et l'apologie de l'adultère. Jamais, même aux plus mauvais jours de sa décadence, Rome ne permit à ses poètes de réhabiliter l'épouse coupable ou de railler le

[1] Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, p. 224 (3e éd.).

[2] Orelli, no 2803 : « Eutycheti puero delicato b. m. L. Fufidius Sporus dominus fecit, brevis voluptas fuit. »

[3] Denis, *Des idées morales dans l'antiquité*, t. II, p. 123.

mari trompé. La chasteté des matrones était, aux yeux des Romains, un des fondements de la grandeur nationale ; c'était une chose sacrée, *sanctimonia*[1]. Mais plus ils honoraient la matrone, plus ils méprisaient la femme déchue. Quand Cujas nous dit que le *concubinatus* était une union honorable et légitime[2], il oublie que les concubines n'étaient le plus souvent (ce sont les textes du Digeste qui le déclarent) que des esclaves, des affranchies ou des prostituées[3], et que l'honnête femme qui se donnait comme concubine, perdait par là même le titre et le rang de *materfamilias*[4]. Il oublie que, si le *concubinatus* n'était pas un délit aux yeux du législateur, il était une honte et une souillure aux yeux des pères de l'Église[5] comme des philosophes stoïciens[6].

En résumé, le concubinat n'est autre chose que le concubinage, un fait qui n'a rien de légal, quoiqu'il soit toléré par la loi, ni rien de moral quoiqu'il soit toléré par les mœurs. Telle est la conclusion purement négative qui résume notre étude. Mais cette étude serait incomplète, si, après avoir

[1] Cicéron, *Cœlius*, 13 : « .. matronarum sanctitas. » — Virgile, *Enéide*, XI, v. 158 : « ..... sanctissima conjux. » — Tacite, *Ann*,, III, 69 : « ... priscæ sanctimoniæ virgo. »

[2] *Ad Codicem*, V, 26.

[3] L. 3, *pr.*, D., *h. t.* (citée *suprà*, p. 558, note 2) : « On peut prendre pour concubine, non-seulement son affranchie, mais même l'affranchie d'autrui, même une femme ingénue, surtout si elle est de condition vile ou de mauvaises mœurs. »

[4] L. 41, § 1, D. 23, 2 (citée *suprà*, p. 558, note 3).

[5] *Constitut. apostol.*, L. VIII, c. 32 (éd. Coteler., t. I, p. 418) : « Πιστὸς, ἐὰν ἔχῃ παλλακήν (i. e. concubinam. L. 144, D., *De V. S.*, 50, 16), εἰ μὲν δούλην, παυσάσθω, καί νόμῳ γαμείτω· εἰ δὲ ἐλευθέραν, ἐκγαμειτω αὐτήν νόμῳ· εἰ δὲ μὴ ἀποβαλλέσθω. » — Saint Augustin, *Serm.* 289, *Append.* (éd. Maur., t. V, P. 2, p. 48) : « ... Præcipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit... Qui ante legitimas nuptias concubinam sibi adhibere præsumit, pejus peccatum facit quam qui adulterium commisit ; quia qui adulterat adhuc tam grave malum secrete vult agere ;..... ille vero qui publice concubinam habere voluerit, fronte impudentissima rem execrabilem, toto populo vidente, licenter se putat admittere..... Si in tam gravi periculo sunt qui uxores non habent et aut concubinas sibi adhibent aut adulteria admittunt, quid de se infelices illi cogitent qui forte conjuges habentes adulterant ?... » — Saint Ambroise, *Serm. de sancto Johanne* (t. V, p. 139, éd. de Paris, 1642) : « Præsta concubinæ tuæ libertatem et nomen uxoris, ne tu adulter sis potius quam maritus. » — Il me serait facile de multiplier ces témoignages.

[6] Voyez sur ce point Musonius, philosophe stoïcien qui enseignait à Rome dans la seconde moitié du premier siècle (dans Stobée, *Floril.*, VI, 61) : « Χρὴ δὲ τοὺς

montré ce qu'étaient, à Rome, les unions irrégulières, nous ne recherchions pas quel était le sort des enfants issus de ces unions.

II.

Le législateur moderne a réglé le sort de l'enfant naturel avec un soin minutieux. Il ne s'en est pas rapporté à ses parents, que leur faute lui rendait suspects ; il a redouté, de la part de ceux-ci, soit un excès de dureté, soit un excès de tendresse. Il ne leur a pas permis de repousser leur enfant comme un étranger; il ne leur a pas permis non plus de le faire entrer dans la famille comme un enfant légitime Le maximum comme le minimum de ses droits est fixé et, pour ainsi dire, tarifé, dans chaque cas, par la loi publique : il ne peut recevoir ni plus ni moins.

La loi romaine, je l'ai déjà dit, a procédé tout autrement. Loin de faire pour les enfants naturels un règlement spécial, elle ne s'est nullement occupée d'eux et les a abandonnés tout simplement à l'application du droit commun et des principes généraux. Or cette application se résume pour eux dans les deux règles que voici : à l'égard de son père, l'enfant naturel n'a aucun droit et ne diffère en rien d'un étranger; à l'égard de sa mère, l'enfant naturel a tous les droits et ne diffère en rien de l'enfant légitime. Ces deux

μὴ τρυφῶντας, ἢ μὴ κακοὺς, μόνα μεν ἀφροδίσια νομίζειν δίκαια τὰ ἐν γάμῳ, καὶ ἐπὶ γενέσει παίδων συντελούμενα, ὅτι καὶ νόμιμά ἐστιν..... Ὅσαι δὲ μοιχείας ἐκτὸς συνουσίαι πρὸς θηλείας εἰσὶν, ἐστερημέναι τοῦ γίνεσθαι κατὰ νόμον, καὶ αὗται πᾶσαι αἰσχραὶ, αἵγε πράττονται δὶ ἀκολασίαν, ὡς μετά γε σωφροσύνης οὐκ ἄν ἑταίρᾳ πλησιάζειν ὑπομείνειέ τις, οὔτ' ἂν ἐλευθέρᾳ γάμου χωρὶς, οὔτε μὰ Δία θεραπαίνη τῇ αὑτοῦ. » J'emprunte la traduction de M. Denis (*op. cit.*, p. 134) : « Quiconque désire ne pas être un voluptueux et un efféminé, ni un homme pervers, ne doit regarder comme des amours permis que ceux du mariage, qui ont en vue la génération, parce que ce sont les seuls qui soient autorisés par les lois..... Les plaisirs avec des femmes, lorsqu'ils sont purs d'adultère, ne sont pas, il est vrai, défendus par les lois écrites ; mais ils n'en sont pas moins honteux, parce qu'ils sont le fruit de l'intempérance, et tout homme s'en abstiendra, pour peu qu'il sache encore rougir. Il n'aura donc de rapports ni avec les courtisanes, ni avec les femmes libres des liens du mariage, ni, par Jupiter! avec sa propre servante. »

règles, il faut bien le dire, paraissent aussi difficiles à justifier l'une que l'autre : en déniant tout effet à la paternité naturelle, la loi romaine semble blesser l'humanité ; en assimilant la maternité naturelle à la maternité légitime, elle semble outrager la morale ; enfin, en inscrivant à côté l'une de l'autre ces deux règles contradictoires, elle semble choquer la raison. Et cependant ces deux règles ont persisté durant les plus beaux siècles de la jurisprudence romaine et jusqu'aux derniers empereurs païens. C'est que ces règles n'étaient pas l'œuvre arbitraire du législateur ; elles n'étaient l'une et l'autre que la conséquence logique et nécessaire des principes constitutifs de la famille, telle que l'antiquité l'avait conçue.

Plaçons d'abord le fils naturel vis à vis de son père ; et supposons, pour mieux préciser les idées, que la paternité ne soit pas douteuse. En fait, c'est ce qui arrivait souvent : bien que la reconnaissance des enfants naturels fût une institution inconnue aux Romains, la paternité naturelle était souvent tout aussi certaine chez eux qu'elle peut l'être chez nous. Je ne parle pas seulement de cette certitude de fait qui résulte de la possession d'état : la paternité naturelle pouvait aussi faire l'objet d'une constatation judiciaire et légale. Il est divers cas, en effet, où la loi romaine n'avait permis d'affranchir un esclave que pour des causes déterminées, qui devaient être déduites et prouvées devant un tribunal. Or, parmi les causes que la jurisprudence de ce tribunal avait admises, voici celle que les jurisconsultes citent toujours en première ligne : un maître peut affranchir son esclave, s'il prouve que cet esclave est son fils naturel ou son frère naturel[1]. Voilà donc un cas, et un cas qui n'était pas rare dans les mœurs romaines[2], où la paternité naturelle était prouvée en justice et constatée par un acte public et solennel.

[1] Gaius, 1, 19 ; — L. 11, D. *De man. vind.*, 40, 2 ; — L. 21, *pr.*, D. *De captiv.*, 49, 15 («.... sub titulo naturalis filii manumittere ») ; — § 5, Inst., I, 6.

[2] Saint Jérôme, *epist.* 69 *ad Oceanum* (éd. Maur., t. I, p. 418), « Multo videmus. ancillas suas habere pro uxoribus, susceptosque ex his liberos colere ut proprios. »

Et maintenant, la paternité naturelle une fois constatée, quelles vont en être les conséquences juridiques? — La paternité naturelle n'est qu'un fait[1]; devant la loi, elle n'est rien. Entre ce père et ce fils, il n'existe aucun rapport légal : ni rapport d'incapacité, le père peut tout donner à son fils; ni rapport d'obligation, il peut tout lui refuser, de même qu'il ne peut rien exiger de lui[2].

Le père peut tout donner à son fils naturel. Ce fils n'est pour lui qu'un étranger; il peut donc lui donner tout ce qu'il pourrait donner à un étranger. Il peut lui faire des donations ou des legs, il peut l'instituer héritier[3], il peut l'adopter[4]. A-t-il des enfants légitimes? il peut le faire entrer dans sa famille et le placer, à côté de ces enfants, sur un pied d'égalité. Il peut faire plus encore : maître absolu dans sa maison, il peut dépouiller ses enfants légitimes pour combler de ses faveurs son enfant naturel; il peut nommer cet enfant son héritier universel, et lui laisser, avec ce titre

[1] Si parfois la jurisprudence tient compte de ce fait, c'est qu'il s'agit de questions qui doivent se résoudre par des raisons de fait (par des considérations d'humanité, de convenance), non par des raisons de droit. C'est ainsi que, dans le cas où une famille d'esclaves faisait l'objet d'un partage, d'un legs, etc., les tribunaux devaient veiller à ce que les enfants, s'il était possible, ne fussent pas séparés de leur père de leur mère. L. 35, L. 39, D. *De ædil. ed.*, 21, 1; — L. 71, § 3, D. *De L.*, 1°, 30; — L. 41, § 2, D. *De L.*, 3°, 32; — L. 11, C. *Comm. utr. jud.*, 3, 38. — Voyez aussi LL. 1-3, D. *De liber. causa*, 40, 12 (un père peut *vindicare in libertatem* son fils naturel en esclavage, et *vice versa*), L. 18, *pr.*, D. *Ut leg. c. cav.*, 36, 3. — C'est ainsi encore que, dans les mœurs romaines, le lien de parenté naturelle formait un obstacle au mariage. L. 14, §§ 2, 3, D. *De R. N.*, 23, 2 : « In contrahendis matrimoniis, naturale jus et pudor inspiciendus est... In re dubia, certius et modestius est hujusmodi nuptiis abstinere. » Aussi le mariage est-il interdit lors même que la paternité est douteuse : «... etsi dubitetur patrem eum esse. » Voyez aussi LL. 8, 54, 56, *eod. tit.*

[2] Une autre conséquence du même principe, c'est que le père d'un enfant naturel ne pouvait prétendre à aucun des priviléges légaux attachés à la paternité, ni au *jus capiendi hereditatem legatumve* (Machelard, *Diss. sur l'accroissement*, p. 112), ni à l'exemption de la tutelle : les *injusti liberi* du § 194, Fr. Vatic., sont, non pas les enfants nés hors mariage, mais les enfants nés d'un mariage contraire à la loi Julia, quoique conforme au droit civil. Fr. Vatic., 168. Machelard, *op. cit.*, p. 113. Bonnier, sur Ortolan, *Expl. des Instituts*, t. II, app. 11.

[3] Voyez *infrà*, p. 570, note 1.

[4] L. 11, D. *De his qui sui*, 1, 6; — L. 46, D. *De adop.*, 1, 7; — L. 6, D. *De natur. lib.*, 5, 27.

d'honneur, les trois quarts et parfois la totalité de son héritage, l'entretien de son culte, le gouvernement de sa maison, la tutelle de sa veuve et de ses autres enfants[1].

Mais, s'il peut lui tout donner, il peut aussi ne lui donner rien. Il peut le laisser dans l'indigence et la misère; car cet enfant, aux yeux de la loi, n'est point son fils, mais un étranger.

Avant d'apporter les preuves de cette règle, j'en voudrais montrer le fondement. Il est, je l'ai déjà dit, dans la constitution de la famille romaine. Ce mot de famille présentait, dans l'antiquité païenne, un sens bien différent de celui qu'il présente de nos jours. De nos jours, ce mot désigne un groupe de personnes qui, unies par le lien du sang et de l'affection naturelle, sont également unies par un lien de droit; le droit se règle sur la nature, et là où existe le lien naturel, il est impossible qu'un lien légal, plus ou moins fort, n'existe pas aussi. Il en était tout autrement dans l'ancienne Rome : ici, ce qui fait l'unité de la famille, ce n'est pas le sang, mais la dépendance d'un même maître ; la *familia,* c'est tout ce qui appartient à ce maître, les enfants comme les esclaves, les personnes comme les biens. Ce maître, c'est le père, le *paterfamilias :* « *Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet*[2]. » Le père n'est pas celui qui engendre, c'est celui qui commande : c'est celui que les poètes ont appelé le père des dieux, ce n'est pas Saturne, c'est Jupiter. Maître de sa famille, le père la compose comme il lui plaît : ses fils dans le sens légal du mot, ceux qu'il associe à son culte et à sa puissance, ceux qui continueront après lui son culte, sa personne et son nom, ce ne sont point ceux qu'il a engendrés, ce sont ceux qu'il a choisis[3]. Il prendra pour fils des étrangers, si bon lui semble, et ceux à qui il a donné le

[1] L. 45, *pr.*, D. *De vulg. et pup.*, 28, 6. Dans l'espèce de cette loi, le testateur a institué, en les substituant l'un à l'autre, son fils légitime et son fils naturel. La loi ne dit pas si c'est pour égales parts.

[2] L. 195, § 2, D. *De V. S.*, 50, 16. — Voyez Fustel de Coulanges, *la Cité antique,* p. 97 (7e éd.).

[3] § 7, Inst. 1, 11 : « ..... ne ei invito suus heres adgnascatur. » L. 12, § 3, *De captiv.*, 49, 15.

jour ne seront ses fils que s'il le veut bien. L'on rapporte qu'à l'origine, lorsqu'un enfant venait de naître, on le présentait à son père, qui pouvait, d'un signe de sa main, soit le reconnaître pour son fils[1], soit le rejeter et ordonner sa mort. La jurisprudence a fini par abolir cette coutume barbare, mais elle n'a point aboli le principe légal dont cette coutume était l'expression. Au temps d'Ulpien comme au temps des Douze-Tables, la paternité est un droit, on ne l'acquiert que lorsqu'on veut l'acquérir[2]. Si elle est la suite du mariage, c'est qu'elle en était le but : c'est pour devenir père que le Romain se marie ; il se marie, suivant une antique formule, *liberorum quærendorum causa*[3]. Toute union qui n'est pas contractée dans ce but n'est point un mariage, mais un concubinage[4] ; qu'elle soit stérile ou féconde, il n'importe : l'homme qui n'a pas voulu devenir père, ne le sera point aux yeux de la loi.

Ces observations pourront servir, peut-être, à jeter un jour nouveau sur une règle bien connue, mais qui n'est pas toujours bien comprise : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant.* En empruntant cet adage à la loi romaine, les jurisconsultes modernes en ont, sans s'en douter peut-être, profondément altéré le sens. Le sens actuel de cette règle, c'est que tout enfant conçu dans le mariage est censé le fils du mari, et que cette vérité légale ne peut être révoquée en doute que dans des cas rares et étroitement limités par la loi. Or tel ne pouvait pas être le sens de ce vieil adage dans la législation romaine. A Rome, la paternité du mari n'était point érigée en présomption légale : c'était une simple pré-

[1] *Filium tollere, suscipere.* Voyez Forcellini, v° *Tollo.* Marquardt, *Privatleben der Rœmer,* t. I, p. 3.

[2] Les jurisconsultes romains sont allés jusqu'à se demander si, lorsque le père était fou au moment de la conception, l'enfant pouvait être regardé comme son fils ; ils se décident pour l'affirmative, mais par la raison suivante : « Partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis relinquiis in furiosis manentibus. » L. 8, D. *De his qui sui,* 1, 6.

[3] Aulu-Gelle, IV, 3 : « ..... quod (Carvilius) jurare a censoribus coactus erat uxorem se liberorum quærendorum gratia habiturum. » — Ulpien, III, 3. Saint Augustin, *Serm.,* 51, 13. — Voyez aussi Rossbach, *Rœmische Ehe,* p. 4.

[4] Voyez *suprà,* p. 550 et suiv.

somption de fait, qu'il était permis de combattre dans tous les cas et par toutes les preuves possibles[1]. Quand les jurisconsultes romains formulaient cette règle fameuse : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant,* ils ne voulaient pas imposer forcément au mari le titre de père, ils voulaient dénier ce titre à tout autre qu'au mari[2]. La paternité du mari, la paternité légitime, est la seule que connaisse la loi romaine: tout enfant né hors mariage est, au point de vue légal, un enfant sans père.

La rudesse toute romaine de ce principe a choqué les jurisconsultes modernes; ils ont essayé de la mitiger par diverses distinctions qui, si je ne me trompe, présentent toutes ce défaut commun, d'être plus modernes que romaines.

On propose d'abord de distinguer deux classes d'enfants naturels, ceux qui doivent le jour au crime ou au libertinage, ceux qui naissent du concubinat. Les premiers, dit-on, sont ceux que la loi romaine qualifie de *spurii, sine patre*[3], ou de *vulgo concepti,* et qu'elle définit en ces termes : « *Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet*[4]. » Ces enfants n'ont pas de père, nous dit Gaius[5], car leur père est inconnu, et fût-il connu, la loi ne le veut pas connaître. — Les enfants naturels de la seconde classe sont ceux que les jurisconsultes désignent sous le nom de

[1] Cette présomption pouvait être combattue :

1° Par le mari, qui pouvait toujours désavouer l'enfant de sa femme. L. 6, D. *De his qui sui,* 1, 6 (« ..... si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente *vel alia causa,* vel si ea valetudine paterfamilias fuit ut generare non possit.....); » — L. 1, §§ 11-15, D. *De agn. lib.,* 25, 3 (« ... licebit ei partum editum ex se negare); » — L. 1, § 9, D. *De ed. Carbon.,* 37, 10.

2° Par la mère et l'enfant lui-même. L. 29, § 1, D. *De probat.,* 22, 3.

[2] Ce sens ressort de l'ensemble de la phrase où cette règle est contenue : « (Mater) semper certa est etiamsi vulgo conceperit, pater vero is est quem nuptiæ demonstrant. » L. 5, D. *De in jus voc.,* 2, 4. — Voyez aussi L. 19, D. *De st. hom.,* 1, 5; — L. 7 *in fine,* C. *De natur. lib.,* 5, 27 : « ... jus nomenque patris quod eis denegatum est. »

[3] Gaius, I, 64.

[4] L. 23, D. *De st. hom.,* 1, 5.

[5] Gaius, 1, 64.

liberi naturales : ceux-ci ont un père connu, un père certain, car le concubinat peut être, en fait, une union aussi fidèle, aussi constante que l'union conjugale, et puisque la loi, ajoute-t-on, autorise et reconnaît le concubinat, elle doit reconnaître également la paternité qui en est la suite. — Cette distinction, j'en conviens, n'est pas tout à fait étrangère à la loi romaine, et nous la rencontrerons plus tard sous les empereurs chrétiens[1]. Mais c'est commettre un anachronisme que de la transporter au temps de Papinien et de Gaius. Dans la langue des jurisconsultes classiques, l'expression *liberi naturales* s'applique toujours à des enfants qui sont issus, non pas d'un concubinat, mais d'un *contubernium,* et qui, par conséquent, de l'aveu de tous, n'ont pas de père aux yeux de la loi[2]. D'ailleurs, les enfants naturels nés du concubinat ne sont pas les seuls qui puissent connaître ou rechercher leur père. On méconnaît l'esprit de la loi romaine quand on lui prête les scrupules de la nôtre. Les Romains n'ont jamais songé à couvrir d'un voile épais la paternité naturelle et à en prohiber la recherche. Si cette recherche est interdite de nos jours, c'est que de nos jours le fait de la paternité, par cela seul qu'il existe et qu'il est connu, implique des droits et des devoirs. Le fait et le droit sont ici inséparables l'un de l'autre; là où la loi moderne a voulu dénier le droit, elle a, pour ainsi dire, supprimé le fait et l'a fait disparaître en le cachant. Mais sous la loi ro-

[1] L. 7, C. Th. *De natur. fil.,* 4, 6 : « Naturalium nomen sancimus imponi iis quos, sine honesta matrimonii celebratione procreatos, legitima conjunctio fuderit in lucem; servos autem ex ancillæ utero ipso jure generatos; et quamvis per vim naturæ ne illis quidem possit naturalium nomen auferri... » Voyez *infrà,* p. 584.

[2] « ... Naturales liberos, id est in servitute quæsitos. » L. 88, § 12, D. *De L.,* 2°, 31. Voyez aussi Gaius, 1, 19; — Paul, V, 6, § 16; — L. 33, *pr.,* D. *Ad L. Aquil.,* 9, 2; — L. 54, *pr.,* D. *Mand.,* 17, 1; — L. 5, *pr., De præscr. v.,* 19, 5; — L. 8, D. *De pignor.,* 20, 1; — L. 41, § 2, D. *De L.,* 3°, 32; — L. 11, D. *De man. vind.,* 40, 2; — L. 3, *pr.,* D. *De liber. c.,* 40, 12; — L. 38, *pr.,* D. *De rebus auct. jud.,* 42, 5; — L. 17, § 1, D. *Q. in fraud. cred.,* 42, 8; — L. 21, *pr.,* D. *De captiv.,* 49, 15; — A l'inverse, la qualification de *spurius* s'applique parfois à des enfants dont la filiation n'est ni incertaine ni honteuse. L. 25, D. *De captiv.,* 49, 15; — L. 3, C. *Sol. matr.,* 5, 18. — L'on trouve également dans les inscriptions les mots *filius naturalis* et *spurius* employés comme synonymes. Orelli, n. 2686.

maine, où le fait de la paternité était sans conséquence juridique, pourquoi en aurait-on prohibé la preuve? Aurait-on redouté le scandale? Cette crainte était étrangère assurément à une jurisprudence qui ouvrait une accusation publique contre la femme adultère, et qui proclamait cette fière maxime : « *Peccata nocentium nota esse et oportere et expedire*[1]. » Fût-elle adultérine ou incestueuse, la paternité pouvait toujours être prouvée. Mais, qu'elle fût criminelle ou innocente, certaine ou douteuse, le principe était toujours le même : la paternité naturelle était un fait et non un droit[2].

Mais on élève d'autres objections et l'on propose une distinction nouvelle. En instituant la famille civile et en lui donnant pour base la *patria potestas*, la loi romaine, dit-on, n'a pas voulu méconnaître la famille naturelle. Elle a fait à chacune sa place et sa part, et, sous les deux qualifications bien distinctes d'agnation et de cognation, elle les a constamment opposées l'une à l'autre. Si le fils naturel n'est pas l'agnat de son père, il est du moins son cognat; car ce n'est pas la loi qui fait les cognats, c'est la nature : la cognation est, comme Gaius l'a si bien dit, un de ces « *naturalia jura quæ civilis ratio corrumpere non potest*[3]. » Comme cognat, le fils naturel pourra exiger de son père des aliments, il pourra lui succéder, il pourra même parfois réclamer une réserve sur ses biens héréditaires.

Ce raisonnement est spécieux et nous serions porté à le suivre, si nous ne rencontrions un obstacle dans des textes décisifs. Loin d'accorder au fils naturel les droits d'un cognat, les jurisconsultes romains lui refusent jusqu'au droit le plus indéniable, le droit à des aliments. « Un père, nous dit Ulpien, est tenu de nourrir sa fille, *si c'est une fille lé-*

[1] L. 18, *pr.*, D. *De injur.*, 47, 10.

[2] L. 23, D. *De st. hom.*, 1, 5; — L. 1, §§ 4 et 9, D. *De ed. Carbon.*, 37, 10. Stintzing, dans les *Jahrbücher* d'Ihering, t. IX, p. 421. — *Nec obstat*, L. 83, D. *De cond. et dem.*, 35, 1. Cf. L. 4, *pr.*, D. *De H. J.*, 28, 5.

Notez que le *fait* de la paternité pouvait être utile à constater en justice : 1° pour interpréter les dispositions d'un testament ou d'un contrat. Voyez *infrà*, p. 582, note 4; 2° dans les divers cas indiqués *suprà*, p. 568 et 569.

[3] Gaius, I, 158.

gitime, » « *si constiterit apud judicem juste eam procreatam*[1]. » Si des enfants, ajoutent Julien et Modestin, réclament des aliments à leur père, et qu'on conteste à la mère la qualité d'épouse légitime, la décision sur la première question ne préjugera pas nécessairement la seconde[2]. Ces textes de l'ancienne jurisprudence classique trouvent leur confirmation dans les textes plus récents : les empereurs chrétiens et Justinien lui-même, qui ont introduit tant de réformes en faveur de l'enfant naturel, ne sont jamais allés jusqu'à reconnaître un rapport de cognation entre l'enfant naturel et son père ou la famille de son père, preuve évidente que ce rapport n'existait pas non plus dans le droit antérieur[3]. Nous pouvons conclure de tous ces textes que, d'après la loi romaine, le fils naturel n'est ni l'agnat de son père, ni son cognat. C'est que les Romains se faisaient de la cognation une idée plus étroite et plus grossière qu'on ne

[1] L. 5, § 6, D. *De agn. lib.*, 25, 3.

[2] L. 3, § 4, L. 7, D. *De agn. lib.*, 25, 3. — Voyez aussi L. 5, § 4, *eod. tit.* : « Ergo et matrem cogemus *præsertim vulgo quæsitos liberos* alere. »

En général, le droit aux *obsequia* de l'enfant naturel n'est donné qu'à la mère, et non au père. L. 1, § 1, D. *De obseq.*, 37, 15 : « Et inter collibertos, *matrem* et filium, pietatis ratio secundum naturam salva esse debet. » — Voyez aussi (L. 4, § 3, L. 5, D. *De in jus voc.*, 2, 4 citée *suprà*, p. 572, note 2).

Le père naturel n'a pas non plus le droit de nommer un tuteur à son fils : à cet égard, la loi semble le mettre sur le même pied qu'un étranger. L. 7, *pr.*, D. *De conf. tut.*, 26, 3; — E. *ult.*, D. *De conf. tut.*, 5, 29; — L. *ult.*, C. *Quando mulier*, 5, 35. — Cf. L. 4, D. *De conf. tut.*, 26, 3; — L. 32, D. *De excus.*, 27, l. *Sic* Rudorff, *Vormundschaft*, t. I, p. 317 et 326; Vangerow, *Pandekten*, § 265: Bonnier, sur Ortolan, *Expl. des Instituts*, app. II, *in fine*.

[3] Le rapport entre l'enfant naturel et son père, tel que Justinien l'a établi (voyez *infrà*, p. 583, 584), n'est pas un rapport de cognation, car il est purement *individuel*, et il n'existe qu'entre le père et le fils. L. 12, C. *De natur. lib.*, 5, 27 : entre l'aïeul et le petit-fils (soit *filius naturalis ex filio naturali*, soit *filius naturalis ex filio legitimo*, soit *filius legitimus ex filio naturali*), il n'y a aucune cognation, aucun droit de succession : « . . . . . Jura etenim ab intestato in avi successionem nemini eorum penitus aperimus. » Voyez aussi la loi 9, C. *De natur. lib.*, 5, 27, et la novelle 89, c. 4 : « . . . Sancimus enim oblatum curiæ naturalem filium solummodo patri legitimum fieri successorem nullum tamen habere participium ad ascendentes, aut descendentes, aut ex latere agnatos *vel cognatos* patris, aut illos aliquod habere participium ad illorum successionem... » Remarquez que ces lois ont précisément en vue des enfants nés *ex concubinatu*, qu'elles sont toutes en leur faveur, et que par conséquent les droits qu'elles leur dénient n'ont pu leur appartenir sous l'ancienne jurisprudence.

pense. De même qu'il n'y avait à leurs yeux de parenté civile que par les hommes, il ne pouvait y avoir de parenté naturelle que par les femmes[1]. Ce qui constituait à leurs yeux le rapport naturel de parenté, c'était un fait purement physique : non pas le fait de la génération, que la nature cache et que le juge ne peut constater, mais le fait de la naissance. La même loi naturelle qui attribue les fruits de la terre au propriétaire du sol et non à celui de la semence, l'agneau au propriétaire de la brebis, et le jeune esclave au maître de sa mère, cette même loi va régler aussi le sort de l'enfant naturel : cet enfant n'a pas de père, il n'a qu'une mère.

Ici s'ouvre un nouvel aspect de notre sujet : nous venons de considérer l'enfant naturel dans ses rapports avec son père ; nous allons le placer maintenant en face de sa mère et de ses parents maternels.

Nous allons voir ici la loi romaine passer brusquement d'un extrême à l'autre. Cette loi nous étonnait tout à l'heure par l'excès de sa sévérité, elle va nous étonner maintenant par l'excès de son indulgence. L'on a vu de nos jours d'audacieux novateurs réclamer pour l'enfant naturel tous les droits de l'enfant légitime. Ce rêve de quelques utopistes, nous allons le trouver réalisé à demi par la loi qu'on a coutume d'appeler la raison écrite. A l'égard de la mère et de tous les parents maternels, la loi place l'enfant légitime et le bâtard sur un pied de parfaite égalité. Ils succèderont ensemble, au même titre, pour la même part; ils auront l'un et l'autre la même légitime et les mêmes actions pour la réclamer[2]. Et ces avantages exorbitants, la loi ne les ac-

[1] « . . . Cum agnatio a patre, cognatio sit a matre. » § 4, Inst. 3, 5. — LL. 2, 4, 8, D. *u. cogn.*, 38, 8.

Dans un sens plus général, le mot *cognatio* est synonyme de parenté ; comme il y a deux parentés, il y a deux cognations : la cognation civile qui n'est autre chose que l'agnation, la cognation naturelle ou cognation proprement dite, qui n'est que la parenté par les femmes. L. 4, § 2, L. 10, § 2, D. *De grad. cogn.*, 38, 10.

[2] Paul, IV, 10, § 1 ; — LL. 2, 4, 8, D. *U. cogn.*, 38, 8; — L. 1, § 2, D. *Ad Sc. Tertull.*, 38, 17 ; — L. 29, § 1, D. *De inoff. test.*, 5, 2. — Voyez aussi L. 18, D. *De bon. libert.*, 38, 2.

corde pas seulement aux enfants nés d'un *concubinat*, mais à tous les enfants naturels sans distinction, quelque honteuse que soit leur naissance. Mais voici qui est peut-être plus étrange encore : ces lois d'Auguste dont j'ai parlé plus haut, les lois caducaires, accordaient de nombreux priviléges à la femme qui devenait mère d'un certain nombre d'enfants; mais ici encore la jurisprudence ne distinguait point entre les enfants naturels et les enfants légitimes[1], en sorte que les primes légales offertes à la fécondité étaient gagnées par le libertinage.

Ces décisions diverses ne sont pas des décisions isolées et arbitraires, ce sont les applications logiques d'un grand principe qui s'imposait à la jurisprudence. Pour découvrir et dégager ce principe, j'ai besoin de revenir un instant sur l'organisation générale de la famille romaine.

L'un des traits les plus caractéristiques de cette organisation, c'est que personne ne pouvait appartenir en même temps à deux familles différentes. Il en est autrement de nos jours. Chacun de nous tient à plusieurs familles, à la famille de sa mère comme à la famille de son père, aux familles de ses parents maternels comme à celles de ses parents paternels. Les mariages enchaînent les familles les unes aux autres par le lien des intérêts comme par celui des affections : les biens que la femme a reçus comme fille dans la famille où elle est née, elle les transporte comme épouse ou comme mère dans la famille nouvelle où le mariage la fait entrer; elle hérite dans la première et laisse son héritage dans la seconde; ainsi les biens circulent et passent d'une famille à l'autre, et toutes ces familles unies entre elles par la loi comme par la nature, par les intérêts comme par le sang, s'entremêlent et se confondent. Mais cette transmission des biens patrimoniaux d'une famille à l'autre ne pouvait convenir à une société aristocratique comme la société romaine. Là, chaque famille était pour ainsi dire fermée; elle se suffisait à elle-même; elle avait chez elle son gouvernement, son culte et

[1] Paul, IV, 9, § 1 : « ... ter et quater peperisse sufficiet. »

ses dieux, et il était aussi impossible d'appartenir en même temps à deux de ces familles que d'être en même temps citoyen de deux cités différentes. Quelle sera donc, sous ce régime, la famille de la femme qui se marie; va-t-elle rester dans la famille de son père ou entrer dans celle de son mari? À cette question, la loi romaine a fait successivement deux réponses différentes.

A l'origine, la femme, en se mariant, changeait de famille[1]; elle subissait, suivant l'énergique expression de la loi romaine, une mort civile, une *capitis deminutio*. Changer de famille c'était, en quelque sorte, mourir pour renaître. La famille du mari s'ouvrait à la nouvelle épouse, elle se refermait sur elle. Désormais, tous ses rapports avec son père et sa mère étaient rompus, elle ne leur succédait plus, elle était morte pour eux.

Mais à l'époque qui doit surtout attirer notre attention, au temps des jurisconsultes classiques, cette antique forme de mariage est tombée en désuétude. Dépouillé de toute forme juridique[2], le mariage ne produit plus d'effet juridique immédiat. Le père prête sa fille à son gendre plutôt qu'il ne la lui donne. La *deductio in domum mariti* n'est qu'un fait, sans caractère légal : en fait l'épouse est sortie de la maison paternelle, en droit elle y est restée. Et, comme elle ne peut appartenir à deux familles à la fois, il en résulte que la famille de son mari va demeurer pour elle une famille étrangère, et que ses propres enfants seront pour elle des étrangers. Entre elle et son fils, pas de rapport légal, car ils appartiennent, elle et lui, à deux familles qui ne portent pas le même nom et n'adorent pas les mêmes dieux. Elle ne pourra, ni succéder à son fils, ni lui laisser son héritage. Elle est, suivant le mot si expressif d'Ulpien, *finis familiæ suæ*[3]. Les biens patrimoniaux vont jusqu'à elle, ils ne vont

[1] C'est le mariage avec *conventio in manum*. Voyez Gaius, 1, 108, 115, 162.

[2] Voyez *suprà*, p. 550 et suiv.

[3] L. 195, § 5, D. *De V. S.*, 50, 16. Voyez aussi L. 23, D. *De adopt.*, I, 7 : « Si filium adoptaverim..., nec mater mea aviæ loco illi est, quoniam his qui extra familiam meam sunt non adgnascitur. »

pas au delà : à sa mort, ils remontent vers la source d'où ils étaient descendus.

Si la mère et son fils appartiennent à deux familles différentes, si aucun lien légal ne les unit, que reste-t-il entre eux? le lien du sang, le rapport matériel qui résulte du fait de l'accouchement et de la naissance. Or ce fait et ce rapport sont exactement les mêmes, que la naissance soit légitime ou illégitime, que l'enfant soit le fruit du mariage, du concubinage ou de l'adultère. Tous les enfants, même légitimes, ne sont, dans leurs rapports avec leur mère, que des enfants naturels.

Cette assimilation de la maternité légitime à la maternité naturelle a conduit le législateur, suivant les temps, à des conséquences fort opposées. A l'origine, la loi, étroite et dure, ne connaissait d'autre famille que la famille des agnats[1]. La femme était *finis familiæ suæ :* n'ayant pas de nom ni de culte à transmettre, elle n'avait pas de descendance; elle ne pouvait tester, elle ne pouvait avoir d'héritier direct; la loi qui séparait et parquait les familles, avait élevé une barrière infranchissable entre la mère et ses enfants. Plus tard, sous l'influence d'une philosophie qui sut dépouiller le génie romain de sa rudesse sans l'énerver ni l'amollir, la jurisprudence devient plus douce et plus humaine. La barrière qui séparait les familles agnatiques s'abaisse par degrés; la parenté naturelle, la cognation, prend peu à peu le caractère d'une parenté légale; la loi accorde aux cognats le droit à des aliments, le droit de succession, le droit de réserve, et au second siècle de notre ère, un grand prince, qui fut en même temps un grand philosophe, veut que le fils succède à sa mère en première ligne et à l'exclusion de tous les agnats[2]. Mais, si les applications du principe ont changé, le principe est resté le même : sous Marc-Au-

[1] La loi rangeait les *cognati* avec les *affines,* les *necessarii, cari, amici;* ils ne faisaient pas partie de la *familia.* Voyez Klenze, *Zeitschrift f. geschichtliche Rechtsw.,* t. VI, p. 13 et suiv.

[2] Le sénatus-consulte Orphitien fut rendu sur la proposition de Marc-Aurèle. Ulpien, 26, 7.

règle comme sous les Douze-Tables, il n'y a pas de parenté civile entre un fils et sa mère, le fils n'est pour sa mère qu'un simple cognat, en sorte que toutes les réformes faites dans l'intérêt du fils légitime, tournent au profit du fils naturel et du fils adultérin lui-même, qui sont des cognats comme lui.

Nous pouvons maintenant nous faire une idée générale des règles qui concernent l'enfant naturel et les résumer en peu de mots. Elles se réduisent toutes à deux principes, l'on pourrait dire à deux paradoxes. Il n'y a pas, en droit romain, de paternité naturelle : l'enfant naturel n'est pour son père qu'un étranger. Il n'y a pas, en droit romain, de maternité légitime : l'enfant légitime, dans ses rapports avec sa mère, ne se distingue pas de l'enfant naturel.

L'on s'étonnera sans doute que des principes si choquants pour la raison et la conscience modernes aient pu régner encore au temps de Papinien et d'Ulpien; l'on s'étonnera que cette jurisprudence si humaine, qui avait étendu sa sollicitude jusque sur les esclaves, ait pu oublier l'enfant naturel et méconnaître les droits et les devoirs sacrés d'un fils envers son père. Mais il faut remarquer que, si cette jurisprudence n'accordait au fils naturel aucun droit, elle ne lui en déniait aucun, et qu'elle laissait au père de famille pleine liberté de suppléer par ses dispositions particulières au silence de la loi publique. Bien que les documents précis nous fassent défaut, il n'est pas téméraire d'affirmer que la loi fut ici complétée et corrigée par la pratique, et que, si les principes du droit restèrent immuables, un changement se produisit dans l'opinion et dans les mœurs.

A l'origine, la cité romaine n'était qu'une association de familles. Il fallait être membre d'une famille pour être membre de la cité. Celui qui n'avait pas d'ancêtres, n'avait pas de patrie, pas de nom, pas de dieux[1]; c'était une sorte de paria dans la société romaine. Telle était probablement, dans

[1] Pas de *patrie* sans *patres*. — Pas de *nomen* sans famille : l'ingénu, le *patricien* (cf. Voigt, *Clientel und Libertinitat*, note 124), c'est celui « qui patrem ciere potest. » Tite-Live, X, 8. L'absence de *nomen*, c'est l'*ignominia* (*in*, *nomen*).

les premiers siècles de la République, la condition de l'enfant naturel. Pour lui, pas de famille paternelle puisque, aux yeux de la loi, il n'avait pas de père; pas de famille maternelle, puisque la femme, aux yeux de la loi, n'avait pas de descendants. Il est un cas cependant où l'enfant naturel n'était pas sans famille : il arrivait souvent qu'un maître prenait pour concubine une de ses esclaves[1]. En ce cas, les enfants qu'il avait de cette femme n'étaient pas pour lui des étrangers : c'étaient ses esclaves, ou, s'il leur donnait la liberté, ses affranchis[2]; ils faisaient partie de sa *familia* ou de sa *gens;* ils avaient leur place autour de l'autel des dieux lares. Mais cette place, ils la devaient, non à leur qualité de fils, mais à leur qualité d'esclaves.

Transportons-nous maintenant aux siècles des Césars. L'ancienne aristocratie a succombé, tous les liens politiques ou religieux qui reliaient la famille agnatique, se sont relâchés ou rompus, et dès lors le fils naturel, quoique sans famille et sans nom, va pouvoir s'ouvrir un chemin et se faire une place dans une société où le caprice d'un despote a confondu tous les rangs. Divers textes du Digeste nous prouvent que l'accès des curies municipales, fermé aux affranchis, était ouvert aux enfants naturels[3] : l'enfant incestueux lui-même, dit Papinien, pouvait devenir décurion, et le grand jurisconsulte en donne pour raison cette vérité, que plus tard les empereurs chrétiens ont parfois oubliée, c'est que l'enfant n'est pas complice du crime de sa naissance[4]. Dans les inscriptions de cette époque, l'on voit des enfants naturels porter les titres d'édile, de questeur, de préteur[5]. Bientôt le monde romain allait proclamer héritier des Césars le fils

[1] Voyez *suprà,* p. 568, note 2.

[2] Il est souvent question de ces *libertini filii* au Digeste. L. 11, D. *De jure delib.,* 28, 8; — L. 17, § 4, D. *Ad Sc. Trebell.*, 36, 1; — L. 18, *pr.*, D. *Ut legat.*, 36, 3; — L. 17, § 1, D. *Q. in fraud. cred.,* 42, 8.

[3] L. 3, § 2, D. *De decur.,* 50, 2. Cependant, ajoute le jurisconsulte, le *filius legitime quæsitus,* en concurrence avec le *spurius,* devra lui être préféré.

[4] L. 6, D. *De decur.*, 50, 2 : « ... Non enim impedienda est dignitas ejus qui nihil admisit. »

[5] Orelli, n° 2686. Ici le *filius naturalis* est désigné comme « Q. Æd. Præt. II vir. Q., » c'est-à-dire « quæstor, ædilis, prætor, duumvir, quinquennalis. »

d'une concubine[1]. Dans la vie privée comme dans la vie publique, les mœurs avaient changé, et des inscriptions parfois touchantes nous montrent que bien souvent l'enfant naturel occupait en fait dans la famille la place que lui refusait la loi[2]. Saint Jérôme nous dit que, de son temps, l'homme trop pauvre pour se marier et supporter la charge d'une famille, prenait pour concubine une esclave, en avait des enfants, traitait ces enfants comme ses fils et en faisait ses héritiers[3]. Plusieurs textes des Pandectes confirment ce témoignage, et décident que les mots *filii* ou *liberi,* dans le testament d'un affranchi ou d'un homme de condition obscure, doivent s'entendre, non-seulement des enfants légitimes, mais aussi des enfants naturels[4]. Ainsi une réforme s'était déjà accomplie dans les idées et dans les mœurs; bientôt, sous les empereurs chrétiens, elle allait pénétrer dans les lois.

Jusqu'à Constantin, l'enfant naturel n'avait été l'objet d'aucune prescription législative : sa condition était réglée, non par des lois spéciales, mais par les principes du droit commun. À partir de Constantin, les lois sur les enfants naturels abondent et se multiplient de règne en règne. Je n'essayerai pas d'exposer dans son ensemble cette législation compliquée et souvent contradictoire. C'est la société antique que j'ai voulu étudier ici, et les lois de Théodose ou de Justinien, par l'esprit qui les anime, appartiennent déjà aux temps modernes. Je voudrais seulement indiquer la direc-

[1] Constantin. Voyez Zosime, II, 8.

[2] Orelli, nos 2686, 2689, 2691.

[3] *Epist.* 69 *ad Oceanum* (ed. Vallars., t. I, p. 418) : « Multos videmus, ob nimiam paupertatem, uxorum sarcinas declinare et ancillas suas habere pro uxoribus, susceptosque ex his liberos colere ut proprios; qui, si forte ditati ab imperatore stolam ipsius meruerint, confestim apostolo colla submittent, et inviti inter uxores eas recipere cogentur. »

[4] L. 88, § 12, D. *De L.,* 2°, 31 : « ... Creditur appellatione filiorum et naturales liberos, id est in servitute susceptos, contineri. » — L. 17, § 4, D. *Ad Sc. Trebell.,* 36, 1 : « ... Mihi autem... voluntatis quæstio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit; sed hoc ex dignitate, et ex voluntate, et ex conditione ejus qui fidei commisit accipiendum erit. » — Ce point avait fait l'objet d'une controverse entre les anciens jurisconsultes, entre Labéon et Trébatius. L. 11, D. *De jure del.,* 28, 8. Voyez aussi L. 77, § 13, D. *De L.,* 2°, 31.

tion que la loi nouvelle a suivie, et marquer, par quelques jalons, le chemin qu'elle a parcouru.

Sous Justinien, la puissance paternelle n'est plus un sacerdoce ni une magistrature : elle a son fondement dans la loi naturelle, et les devoirs de la paternité s'imposent au père naturel lui-même. Désormais, il ne pourra plus repousser son enfant et le laisser dans la misère. Il ne pourra pas non plus le faire entrer dans sa famille légitime et le combler de ses dons; car il a perdu sa toute-puissance. La loi, plus soucieuse de protéger les bonnes mœurs que de respecter la liberté civile, a mesuré la part de l'enfant naturel; elle a marqué sa place, à côté, mais en dehors de la famille. Son père ne peut, ni le relever de ses incapacités, ni le priver de ses droits.

La mère, comme le père, va prendre dans la famille une position toute nouvelle. L'ancienne jurisprudence ne voyait dans la filiation maternelle qu'un simple rapport de fait; tous les enfants, naturels ou légitimes, succédaient à leur mère au même titre et sans distinction. Justinien abroge cette loi comme injurieuse pour la mère[1]. Il n'appelle à la succession de la matrone de haut rang que les enfants issus du mariage, il en exclut les bâtards. Par là, il consacre la maternité légitime et fait entrer la mère dans le cercle de la famille légale, d'où l'ancien droit l'avait exclue.

En créant pour l'enfant naturel une incapacité nouvelle, la loi voulait frapper, non pas l'enfant innocent, mais les parents coupables. Aussi a-t-elle gradué l'incapacité de l'enfant suivant la faute des parents, et distingué, pour la première fois, plusieurs classes d'enfants naturels : à l'enfant

[1] L. 5, C. *Ad Sc. Orphit.*, 6, 57 : « ... cum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios satis injuriosum satisque acerbum et nostris temporibus indignum esse judicemus. » Dans l'ensemble de sa constitution, Justinien distingue trois classes d'enfants : le « filius ex justis nuptiis, » le « spurius cui pater incertus sit, » le « filius ex licita consuetudine, » c'est-à-dire *ex concubinatu*. La *mulier illustris* ne pouvait avoir que des enfants des deux premières classes, et ses fils légitimes lui succédaient seuls; au contraire, si la mère était de condition inférieure, les enfants nés *ex concubinatu*, et probablement même les *spurii*, lui succédaient en concours avec les enfants légitimes.

né de l'inceste ou de l'adultère, elle a refusé jusqu'à des aliments et, pour ainsi dire, jusqu'au droit de vivre[1]; au contraire, au fils de la concubine, elle n'a retiré certains droits qu'en lui octroyant des droits nouveaux : elle lui a donné une part de l'héritage paternel, elle lui a ouvert la porte de la famille par la légitimation. Tous ces droits, la loi ne les accorde qu'au fils de la concubine[2]; et dès lors le *concubinatus* prend une importance juridique qu'il n'avait pas autrefois. Mais gardons-nous d'en conclure qu'il ait reçu des empereurs chrétiens cette consécration légale que lui avait refusée la loi païenne[3]. Condamné par les pères de l'Église, le concubinage n'a été toléré qu'à regret par Constantin et ses successeurs, qui, loin de lui donner une sanction nouvelle, n'ont cessé de le combattre et l'auraient interdit s'ils avaient osé[4].

Tels sont les principaux traits de cette grande réforme législative. Elle eût mérité de plus longs développements;

[1] Novelle 89, c. 15 : « ... Iste neque naturalis nominetur neque alendus est a parentibus. » — L. 45, C. *De episc.*, 1, 3.

[2] Novelle 18, c. 5 : ... « Sit autem domi ei, donec vivit, libera mulier in habitu concubinæ cum eo degens, et filii ex ea (talibus enim solis hæc sancimus, ubi omnino indubitatæ sunt sive concubinæ in domo habitæ, sive naturalium ibidem prolis et nutrimentum)... »

[3] Les enfants nés *ex contubernio* étaient traités plus favorablement encore par Justinien que les enfants *ex concubinatu* (§ 10, Inst., 3, 6); en conclura-t-on que le *contubernium* fût une union légale ? Sous la loi moderne, l'enfant naturel, quand il est reconnu, est traité plus favorablement qu'il ne l'était sous Justinien; en conclura-t-on que, de nos jours, le concubinage entre un homme et une femme qui reconnaissent leur enfant, soit une union légale ?

[4] Pour détourner du *concubinat*, Constantin fit agir tour à tour, comme le dit fort bien J. Godefroy (sur le Code Théodosien, 4, 6), les deux mobiles les plus puissants sur la conduite des hommes : la crainte des peines, l'espoir des récompenses : les peines, ce sont les incapacités dont il frappa les enfants naturels; la récompense, c'est la légitimation qu'il accorda aux enfants dont les parents contractaient un légitime mariage. — Plus tard, les empereurs byzantins firent ce que n'avaient pas osé les empereurs d'Occident : ils revêtirent d'une sanction civile les canons ecclésiastiques qui prohibaient le concubinage (Novelles de Léon, 91; cf. Basiliques, XXVIII, n° 17; LX, 37, n° 83). Mais cette prohibition eut un caractère exclusivement pénal : tout concubinage constitua un *stuprum* et fut puni, suivant les circonstances de six ou de douze coups de verge; mais les enfants nés *ex concubinatu* n'en conservèrent pas moins tous les droits que Justinien leur avait conférés (Harménopule, IV, 9, n° 34; V, 8, n°s 66, 67; VI, 3, n° 1).

mais ces quelques indications suffiront, je crois, pour montrer que le droit de Justinien, trop dédaigné par la science moderne n'est inférieur que dans la forme au droit des Papinien et des Gaius, et qu'il marque, dans l'histoire des sociétés humaines, non un déclin, mais un progrès.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

Préface de la deuxième édition..... j

Notice sur Paul Gide (1832-1880)..... iij

Préface de la première édition..... xxj

ÉTUDE SUR LA CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME.

Introduction..... 1

Livre premier. — *Antiquité*..... 13

Chapitre I. — Origines..... 13

Chapitre II. — Orient..... 35

Chapitre III. — Grèce..... 63

Chapitre IV. — Rome : Première période..... 87

Chapitre V. — Rome : Deuxième période..... 123

Livre deuxième. — *Passage de l'antiquité aux temps modernes*..... 167

Chapitre I. — Le christianisme..... 169

Chapitre II. — Rome sous les empereurs chrétiens..... 183

Chapitre III. — Les Barbares..... 196

Pages.

LIVRE TROISIÈME. — *Nations étrangères*..... 219

Chapitre I. — Scandinavie..... 219
Chapitre II. — Angleterre..... 237
Chapitre III. — Allemagne..... 270
Chapitre IV. — Italie..... 289
Chapitre V. — Espagne..... 310

LIVRE QUATRIÈME. — *France*..... 335

Chapitre I. — Origines germaines..... 335
Chapitre II. — Origines romaines..... 378
Chapitre III. — La femme sous le code..... 415
Chapitre IV. — Critique et conclusion..... 457

DU CARACTÈRE DE LA DOT EN DROIT ROMAIN..... 499

DE LA CONDITION DE L'ENFANT NATUREL ET DE LA CONCUBINE DANS LA LÉGISLATION ROMAINE..... 545

BAR-LE DUC. IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.